

JUSTICIA Y NUEVA CONSTITUCIÓN. Perspectivas y Propuestas

Programa Reformas a la Justicia UC
Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE



Foro
Constitucional
UC



EDICIONES UC

JUSTICIA Y NUEVA CONSTITUCIÓN. PERSPECTIVAS Y PROPUESTAS

Programa Reformas a la Justicia UC

Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile

EDICIONES UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE.
Vicerrectoría de Comunicaciones y Extensión Cultural.
Av. Libertador Bernardo O'Higgins 390, Santiago, Chile.

editorialedicionesuc@uc.cl
www.ediciones.uc.cl

JUSTICIA Y NUEVA
CONSTITUCIÓN.
Perspectivas
y Propuestas.

Programa Reformas a la Justicia UC.
Facultad de Derecho.
Pontificia Universidad Católica de Chile.

COORDINADORES:
JOSÉ PEDRO SILVA PRADO
NICOLÁS FRÍAS OSSANDÓN

Derechos reservados
Octubre 2021
ISBN N° 978-956-14-2896-6
ISBN digital N° 978-956-14-2897-3

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN:
Elisa Araya Manque

ÍNDICE

Prefacio	5
Presentación	7
 Alcances e ideas sobre debido proceso para el proceso constitucional chileno CARLOS FRONTAURA RIVERA Y JOSÉ PEDRO SILVA PRADO	13
 El Ministerio Público y Derechos Fundamentales en el Sistema Procesal Penal XIMENA MARCAZZOLO AWAD Y MARÍA ELENA SANTIBAÑEZ TORRES	35
 Propuestas para la reforma constitucional al Tribunal Constitucional desde el punto de vista orgánico MARISOL PEÑA TORRES.....	55
 Tribunal Constitucional: Propuestas para la regulación del control preventivo en la nueva Constitución ALEJANDRA OVALLE VALDÉS.....	73
 Propuestas de perfeccionamiento al control represivo de constitucionalidad de la ley CATALINA SALEM GESELL.....	93
 Un Gobierno Judicial para un Nuevo Estado de Derecho CRISTIAN VILLALONGA TORRIJO Y NICOLÁS FRÍAS OSSANDÓN	111

PREFACIO

Cada momento histórico tiene su imaginario cultural propio que explica las diversas variantes que lo condicionan. Este libro es una excelente manifestación de cómo ese imaginario se desarrolla hoy en relación con la ciencia y arte del Derecho. Distintos profesores de la Facultad de Derecho UC han sumado esta obra al profundo aporte que la Pontificia Universidad Católica de Chile proyecta a la sociedad, en miras de la mejor realización del bien común en general, y sobre la modernización de nuestra Justicia en particular.

En esta oportunidad, el tema estructurante es el Estado de Derecho y algunos de los principios y criterios que sustentan el imaginario de nuestro tiempo respecto a la Justicia y su rol en la política. Tal esfuerzo ha sido dirigido desde el Programa de Reformas a la Justicia UC, e incluye la participación de profesores de distintos perfiles, pero unidos por una vocación común. Siendo así, es natural que la obra concentre sus esfuerzos en el estudio de distintos aspectos del problema que aborda, complementando y enriqueciendo su contenido desde distintas miradas.

Como bien señalan los autores al inicio de la obra, ella gira en torno a problemas concretos que nuestros tiempos de análisis y debates constitucionales deben tener especialmente a la vista; a saber, la extensión y alcance de las garantías judiciales desde una perspectiva constitucional, la estructuración de los órganos de gobierno de la judicatura y otras instituciones participantes en el desarrollo de la justicia, y la especial relevancia que supone la justicia constitucional.

Como Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, protagonistas del desarrollo institucional de Chile desde muy temprano en sus orígenes, somos conscientes de la importancia que tiene la reflexión profunda sobre los grandes temas de la política para la consecución de la Justicia en su sentido más amplio. Ello resulta

especialmente necesario si consideramos que nuestra institucionalidad jurisdiccional obedece a una mirada que, aunque actualizada con el paso de los años, es heredera de un ambiente intelectual, cultural y jurídico procedente de épocas más o menos distantes.

Cualquier perfeccionamiento de la institucionalidad vigente será la continuación de un esfuerzo que ya se ha visto manifestado en los últimos años a través de una serie de reformas en grandes parcelas de nuestro sistema judicial, tales como la justicia penal, familiar o laboral. En materias tan relevantes como esta, el trabajo nunca se halla verdaderamente acabado. Por ello, es labor de la academia ofrecer, con frutos de pensamiento sereno y profundo, perspectivas que reflejen la grandeza de estos temas y que propongan sendas para avanzar en la promoción de la Justicia y del Derecho. El libro que el lector tiene en sus manos es muestra genuina de dicho ofrecimiento.

GABRIEL BOCKSANG HOLA

Decano

Facultad de Derecho P. Universidad Católica de Chile

Septiembre de 2021

PRESENTACIÓN

Como es de público conocimiento, la ley N° 21.200 publicada el 24 de diciembre de 2019, modificó el Capítulo XV de la Constitución Política de la República y fijó un procedimiento de elaboración de un nuevo texto constitucional. La ley mencionada contiene un itinerario constituyente estructurado en torno a las siguientes etapas: (i) plebiscito nacional de entrada, regulado en el nuevo artículo 130; (ii) instalación y funcionamiento de un órgano denominado Convención Constitucional con el propósito de “redactar y aprobar una propuesta de texto de Nueva Constitución”, regulado en los nuevos artículos 131 a 141 de la Constitución; y (iii) plebiscito constitucional, dispuesto en el nuevo artículo 142, cuya finalidad es aprobar o rechazar la propuesta de Nueva Constitución que redacte la mencionada Convención.

El itinerario mencionado se ha ido cumpliendo paulatinamente, de manera que el día 4 de julio de 2021 la Convención Constitucional se instaló en el antiguo Congreso Nacional, organizándose en distintas comisiones las que han sesionado tanto en la sede del Congreso como de manera telemática.

En dicho contexto, el Programa Reformas a la Justicia UC de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile se suma al esfuerzo que ha venido haciendo esta Facultad, entre otras iniciativas mediante el Foro Constitucional UC, y pone la presente publicación a disposición de la comunidad en general y de los convencionales constituyentes en particular, con el objetivo de contribuir a la discusión en torno a tres temas trascendentales que tratará la Convención en el ámbito jurisdiccional y judicial en general: (i) extensión y alcance de las garantías judiciales civiles y penales; (ii) estructura y gobierno, tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público; y (iii) estructuración del órgano y funciones de la justicia constitucional.

En efecto, la preservación y el reforzamiento de un Poder Judicial independiente y de órganos jurisdiccionales y de justicia constitucional tributarios de esa independencia, imparciales, dotados de eficaces atribuciones de imperio y de autoridad para proferir decisiones intangibles, son algunas de las condiciones indispensables para tutelar efectivamente los derechos y garantías individuales de las personas, fomentar una sana convivencia nacional y contribuir a la paz social¹. En este sentido, el artículo 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, ofrece un programa social estructurado a partir de los principios de libertad, igualdad y fraternidad, que se articula sobre la configuración de una comunidad de personas libres e iguales, en que los derechos fundamentales son asegurados a todos². Asimismo, dicho proyecto de sociedad requiere una configuración formal particular de derecho positivo, conocida como “imperio de la ley” o “Estado de Derecho”³, que proteja y fortalezca el ejercicio y goce de los derechos humanos de los cuales son titulares todas las personas⁴. Pues bien, precisamente los textos que a continuación se exponen profundizan distintos pilares vitales para el Estado de Derecho –o “régimen de Derecho”–, considerando la forma a la que se refiere la citada Declaración.

Así, el artículo de los profesores **Carlos Frontaura** y **José Pedro Silva** realizan una exposición teórica del origen y sentido de la garantía del debido proceso, asumiendo diversos puntos de vista doctrina-

-
- 1 Vinculado a lo expuesto, destaca la cita de Tomás de Aquino relativa a lo “justo político”, es decir, aquello que corresponde a todos los habitantes de la polis por el hecho de ser tales: “Lo justo político consiste en cierta comunidad de vida (...). Lo justo político se encuentra entre hombres libres (...). Lo justo político se da entre personas iguales (...). Lo justo político es determinado por la ley (...). No permitimos que los hombres gobiernen (...), sino que gobierne la ley, que es un dictamen de la razón”. DE AQUINO, TOMÁS (2000): *COMENTARIO A LA ÉTICA A NICÓMACO DE ARISTÓTELES* (PAMPLONA, EUNSA).
 - 2 BARZOTTO, LUIS FERNANDO (2020): “EL ESTADO DE DERECHO EN LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS”, *PRUDENTIA IURIS*, N° ANIVERSARIO: p. 215.
 - 3 BARZOTTO, LUIS FERNANDO (2020): “EL ESTADO DE DERECHO EN LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS”, *PRUDENTIA IURIS*, N° ANIVERSARIO: p. 215.
 - 4 El considerando tercero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone: “Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.

rios, para luego ofrecer un análisis y categorización diferenciada de las garantías específicas que, conforme al desarrollo cultural y social, han ido complementando y enriqueciendo la noción original. Abundan con distintas propuestas en el ámbito de la protección de los derechos o garantías que integran el concepto fundamental del debido proceso, tanto en los ámbitos jurisdiccionales como administrativos. Abren debate, asimismo, acerca de la conveniencia o no de contar con una definición amplia de debido proceso acompañada o no de un catálogo de garantías inherentes al concepto, así como también, se plantean la necesidad de extender estas garantías al ámbito propio de las sociedades intermedias.

Luego, el artículo de las profesoras **Ximena Marcazzolo** y **María Elena Santibáñez** se refiere, conjuntamente, tanto a los derechos fundamentales en el sistema procesal penal como al diseño orgánico del Ministerio Público. En lo relacionado con el primer punto, destaca el interesante recorrido que realizan sobre los antecedentes, extensión y alcance de los derechos que integran el debido proceso penal y propuestas concretas relativas a su consagración en la Constitución. A su vez, respecto del análisis del órgano persecutor penal, destacan las propuestas relacionadas con el nombramiento, formas de control de los integrantes de dicho órgano e, igualmente, relativas al ejercicio del derecho a la acción. El artículo de las destacadas profesoras, ambas con conocida experiencia y trayectoria en la litigación penal e igualmente en el Ministerio Público, logra explicar en un lenguaje claro y accesible al público general el funcionamiento e historia del órgano persecutor penal, como asimismo las garantías del debido proceso aplicables al proceso penal.

A continuación, se incluyen artículos relacionados con la justicia constitucional. Una primera mirada desde el punto de vista orgánico es la que ofrece la profesora **Marisol Peña**, quien hace un diagnóstico desde distintas perspectivas respecto del funcionamiento del Tribunal Constitucional, incluyendo un análisis comparado e histórico de este órgano público. En seguida, presenta distintas propuestas relativas a la composición, duración y nombramiento de sus integrantes, así como concretas sugerencias respecto de su funcionamiento. Destaca del artículo de la profesora Peña una aproximación que subsume tanto los importantes aprendizajes prácticos que ha obtenido producto de su experiencia como ministra y presidenta del Tribunal Constitucional; como

asimismo sus conocimientos como investigadora y experta en derecho constitucional.

Acto seguido, la profesora **Alejandra Ovalle** se refiere al rol del control preventivo que cumple el Tribunal Constitucional, contribuyendo con elementos de diagnóstico y de propuestas relativas al aseguramiento del principio de supremacía constitucional. Tras un recorrido histórico y de un análisis de justificación, el artículo desarrolla distintas propuestas en torno a las atribuciones del mencionado tribunal y a los aspectos procesales relacionados con el control preventivo facultativo. El trabajo de la académica busca iluminar sobre el sistema de necesarios límites constitucionales que configura el procedimiento de generación de normas legales, punto vinculado no solo al principio de supremacía constitucional sino igualmente al principio de eficacia de la norma constitucional. De esta manera, la profesora Ovalle trabaja en su ponencia un punto crucial para el funcionamiento del orden jurídico, cual es, el examen de constitucionalidad que realiza el mencionado tribunal respecto de las normas legales previo a su promulgación y entrada en vigencia.

Luego, el último artículo vinculado a la justicia constitucional es el de la profesora **Catalina Salem**, quien realiza un análisis del control represivo de constitucionalidad de la ley, que se materializa actualmente con la acción de inaplicabilidad. Luego de un análisis del instituto e identificación de sus principales elementos de diagnóstico, el artículo contiene distintas propuestas relacionadas al perfeccionamiento del mencionado instituto. Dentro de estas últimas, destaca la propuesta de creación de una acción de amparo contra las resoluciones judiciales que sea competencia del Tribunal Constitucional, cuya extensión y alcance se trabaja en la mencionada ponencia.

Finalmente, la última presentación de este libro aborda el crucial tema del Poder Judicial y del Gobierno Judicial desde la perspectiva del Estado de Derecho, cuyos autores son los profesores **Cristián Villalonga** y **Nicolás Frías**. Así, el texto ofrece un desarrollo en torno a tres elementos de diagnóstico asociados al Gobierno Judicial, consistentes en los elementos de opacidad en la estructura de gobierno judicial, la visión anquilosada respecto de la organización de la estructura judicial y deficiencias objetivas en los procesos de nombramientos y promoción. Luego, el artículo vincula los mencionados hallazgos de diagnóstico con distintas garantías del debido proceso, que mediata o inmediateamente se

vinculan con el gobierno judicial para culminar con propuestas en torno a la consagración de nuevos principios asociados a la función jurisdiccional en la Constitución.

Los trabajos que brevemente hemos reseñado son fruto de un esfuerzo colaborativo que todos los autores mencionados realizaron durante el año 2020 y a principios del año 2021. Los académicos –todos profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica vinculados a las áreas de derecho constitucional y procesal–, asistieron y participaron de reuniones plenarias periódicas, analizando estas temáticas desde sus distintas áreas de especialización, con el propósito de contribuir con propuestas concretas al debate constitucional en actual desarrollo en nuestro país.

Además, el lector advertirá que los artículos son de una extensión más o menos breve y todos tienen una estructura similar: incorporan un diagnóstico, contienen lineamientos fundamentales y efectúan propuestas concretas; lo anterior con el propósito de utilizar un lenguaje eventualmente asequible por audiencias sin particular formación jurídica.

Por último, quisiéramos agradecer especialmente a las ayudantes de investigación del Programa Reformas a la Justicia UC, Manuela Brunner y María Jesús Ithurria, quienes colaboraron de manera muy valiosa tanto en el desarrollo y compilación de las actas de las sesiones como en tareas investigativas.

JOSÉ PEDRO SILVA PRADO
NICOLÁS FRÍAS OSSANDÓN
Coordinadores

ALCANCES E IDEAS SOBRE DEBIDO PROCESO PARA EL PROCESO CONSTITUCIONAL CHILENO

CARLOS FRONTAURA RIVERA¹ Y JOSÉ PEDRO SILVA PRADO²

I. Antecedentes de diagnóstico

1. El debido proceso y la legitimidad procedimental

Toda persona tiene el derecho fundamental de ser protegido **por el Estado y del Estado** ante la vulneración o amenaza de vulneración de sus derechos e intereses legítimos. Se extiende ese derecho a los casos en que —por razones de conveniencia social, protección del ordenamiento jurídico u otras—, el legislador permite la protección de derechos o intereses que no corresponden a su titular (legitimación indirecta). El derecho consiste, por una parte, en el acceso a la jurisdicción, esto es, a los órganos que prevé el ordenamiento jurídico —como encargados de esta alta función pública— para la solución o prevención de los conflictos de relevancia jurídica; y, por la otra, al método cualificado con base en el cual esos conflictos deben ser resueltos, que es el debido proceso (en adelante “DP”).

Tanto el acceso a la justicia como las normas del DP son normas procesales protectoras de las personas, partes o intervinientes, que dotan de eficacia —en el ámbito de los procedimientos judiciales y administrativos—, a los derechos que la Constitución Política (indistintamente

-
- 1 Abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor asociado del Departamento de Fundamentos del Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección electrónica: cfrontau@uc.cl
 - 2 Abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor asociado del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección electrónica: jsilvav@uc.cl

“CP”) y el ordenamiento jurídico otorgan, y que se proyectan teleológicamente en la mantención de la convivencia y de la paz social. Ello se logra resolviendo o previniendo los conflictos de relevancia jurídica sobre la base de la adopción de decisiones imperativas, fundamentadas en un método racional que permita alcanzar soluciones orientadas por los valores de la verdad y la justicia. Se trata de desterrar no solo la autotutela ilegítima, sino también otras formas de composición de los conflictos que, pudiendo parecer eventualmente “eficientes” —incluso, siguiendo una metodología racional para dirimirlos—, se desentienden de los auténticos valores del derecho —verdad y justicia— que resultan ser indispensables para posibilitar la armonía social y el bien común sobre bases sólidas.

En esa dimensión, se plantean como derechos y garantías inseparables el **acceso a la jurisdicción** y el **debido proceso**, instituciones que tienen una capital importancia desde las distintas posiciones *ius filosóficas*, conforme lo refrendan diversos autores, algunos de cuyos postulados sucintamente se recogen a continuación.

Así, **Kelsen**, sostiene la necesaria imbricación entre lo que normalmente se conoce como “derecho sustantivo” y lo que se ha llamado tradicionalmente “derecho adjetivo”, entendiendo por este último a las normas generales que determinan el órgano que aplica el derecho y “el procedimiento que tales órganos están obligados a observar cuando aplican las normas jurídicas”. Por consiguiente, Kelsen, califica a estos derechos como “inseparables”, formando una “relación sistemática”, de manera que lo que constituye el derecho, en realidad, es “su unión orgánica”, pues, en el fondo, no se puede aplicar el derecho sustantivo sin el adjetivo³.

Para el filósofo y procesalista italiano, **Michele Taruffo**, la corrección del procedimiento supone la aplicación de las garantías fundamentales. Estima que es “una condición necesaria para que se pueda hablar de justicia de la decisión, pero no es ciertamente una condición suficiente en tal sentido”⁴. En relación con que el procedimiento sirva para establecer la verdad de los hechos, se agrega la necesidad de su co-

3 KELSEN (1969) pp. 151-153.

4 TARUFFO (2012) pp. 186-187.

recta determinación, aplicación e interpretación, como otra condición necesaria. Avalando su tesis con los planteamientos de Ferrajoli, señala que “el correcto ejercicio de la función fundamental de garantía que es desarrollada por la jurisdicción encuentra fundamento en una actividad cognitiva que concierne también a la determinación de los hechos sobre los cuales se funda la aplicación de la ley”⁵.

Carlos Santiago Nino, remarcando el valor de estas garantías, ha dicho que hay debate sobre “el alcance de los derechos fundamentales”, no obstante, señala que sobre la inclusión de algunos de ellos “hay un relativo acuerdo”. Entre estos últimos está “el de no ser sancionado sin un «debido proceso legal»”⁶.

Concordante con lo expuesto, **Tomás de Aquino** sostiene que el juicio es un acto de justicia que lleva a cabo el juez, que tiene por objeto la determinación de lo justo o del derecho⁷ y que requiere de ciertas condiciones sin las cuales será vicioso o ilícito. Entre ellas, está el que el juicio proceda de la autoridad, sino se calificaría de uno usurpado⁸. La razón de esto es que el juicio implica, por una parte, una cierta interpretación de las leyes escritas y, por otra, una compulsión o coacción, o capacidad de obligar; ambas cosas solo pueden provenir de dicha autoridad⁹. Por último, cabe destacar que, conforme a la visión del mencionado autor, “es necesario que el juicio se haga según la ley escrita, pues de otro modo el juicio sería deficiente, ya en lo justo natural o ya en lo justo positivo”, porque “las leyes se escriben para la declaración de uno y otro derecho, aunque de diferente manera”, puesto que la ley contiene el derecho natural y no lo establece, como en el caso del derecho positivo¹⁰.

A su vez, **Lon Fuller**, al indagar en las razones intrínsecas para que un sistema jurídico sea exitoso en cumplir su misión —lo que ha denominado “la moral interna del derecho”—, concluye ocho exigencias

5 TARUFFO (2012) pp. 186-187.

6 NINO (1991) p. 418.

7 DE AQUINO (1948) pp. 145-147. *Summa Theologiae*, II-II, q. 60, art. 1.

8 DE AQUINO (1948) pp. 147-149. *Summa Theologiae*, II-II, q. 60, art. 2.

9 DE AQUINO (1948) pp. 155-156. *Summa Theologiae*, II-II, q. 60, art. 6.

10 DE AQUINO (1948) p. 154. *Summa Theologiae*, II-II, q. 60, art. 5, co. Por supuesto y como es conocido, esto no obsta a que el Aquinate señale que “si la ley escrita contiene algo contra el derecho natural es injusta y no tienen fuerza de obligar” (AQUINO, 1948, p. 154. *Summa Theologiae*, II-II, q. 60, art. 5, ad.1).

(desideratas). La octava —que haya “congruencia entre la regla declarada y su administración concreta”¹¹—, es la que incorpora, entre otras reglas, la gran mayoría de las que conforman el DP. Fuller señala que esta desiderata es la más compleja, puesto que puede ser afectada de diversas formas y, por lo mismo, son muy variados “los dispositivos procedimentales diseñados” para evitar que se produzca esa incongruencia. El primero que menciona, precisamente, está constituido por “la mayoría de los elementos del «debido proceso procedimental»”¹².

Por último, **Cristóbal Orrego** plantea que el debido proceso, aunque más riguroso en el derecho penal por sus características y los bienes que están en juego, “es una exigencia general para todos los ámbitos en los que tiene que intervenir un juez”¹³.

Como puede apreciarse de estas breves referencias, y más allá de la tradición teórica a la cual puedan adherir sus autores, no cabe duda que la existencia de normas que establezcan con claridad los órganos jurisdiccionales a los cuales recurrir, así como la existencia de reglas formales precisas para poder establecer el derecho y a las que está obligado a someterse el juzgador, son la auténtica garantía para que el proceso pueda servir a los valores de la verdad y la justicia. En palabras de Taruffo, son los requisitos indispensables para ello, aunque no sean los únicos.

2. Caracterización de las reglas del DP

Desde el punto de vista de la caracterización de las reglas del debido proceso, es posible destacar los puntos que se revisan a continuación.

En primer término, se trata de **reglas de justicia y no simplemente técnicas**. Siguiendo a Hübner, cabría preguntarse si se está en presencia de una norma, “precepto que rige la conducta con la finalidad de realizar un valor, o sea, un bien de interés para el individuo o para la comunidad”¹⁴; o propiamente de una regla, “prescripción destinada a ejecutar con eficacia una determinada actividad”¹⁵. La inclinación nomi-

11 FULLER (2019) p. 39.

12 FULLER (2019) p. 84.

13 ORREGO (2019a) p. 84; ORREGO (2019b) pp. 182 y 184.

14 HÜBNER (2002) pp. 194-195.

15 HÜBNER (2002) pp. 194-195.

nal frente a esta alternativa cede ante la evidencia de que, lo que prescribe el DP implica un juicio de valor sobre fines e impone obligaciones intrínsecamente valiosas que es lo propio de las normas. Las reglas, en cambio, atienden a la eficacia y conveniencia de los resultados, no a que estos se adopten respetando ciertos fines. En resumen, las reglas se relacionan con una necesidad técnica no con una necesidad moral.

En segundo término, se trata de **reglas destinadas a regular la forma en que se adoptan las decisiones jurídicas que denominamos sentencias**. Es decir, se trata de prescripciones destinadas a reglamentar cómo deben adoptarse, legítimamente, juicios o decretos, en tanto sustentados en la verdad de las bases fácticas y de la justicia de las decisiones que se proyecta sobre ellas. En este sentido, es más que razonable sostener que algunas de ellas debieran regir, también, las decisiones que denominamos “actos de gobierno o autoridad”¹⁶.

Por último, es preciso considerar, desde un punto de vista práctico, que en todo caso **se trata de reglas cuyo objeto es doble**. Por un lado, tienen por propósito disminuir las probabilidades de infracción de las normas jurídicas al momento de tomar la decisión; y, por el otro, determinar la forma en que los jueces ejercen la discreción de hecho y de derecho de que gozan¹⁷.

3. El debido proceso en la normativa constitucional y legal chilena

La introducción del “debido proceso” en Chile, pareciera una impostación normativa y casi mimética del derecho anglosajón, incorporada a nuestro ordenamiento constitucional. Sin embargo, ya en los inicios de la República independiente, hubo normas que contemplaban ciertas garantías procesales mínimas, aunque de manera dispersa y no sistemática. No fue sino hasta la Constitución de 1980 que se arribó a una noción

16 Cabe señalar que Hübner distingue formalmente las normas de las decisiones jurídicas, estas, a diferencia de las primeras caracterizadas por la generalidad, tienen las notas de imperatividad y singularidad (HÜBNER, 2002, pp. 205-206).

17 Carlos Santiago Nino distingue entre la discreción de derecho, “aquella otorgada por las reglas del sistema” y la discreción de hecho, que es la “que tiene su origen en la vaguedad o ambigüedad del lenguaje legal, o en las lagunas e inconsistencias del sistema jurídico” (NINO, 1991, p. 432).

amplia de “debido proceso” o “proceso racional y justo”, como señala el artículo 19 N° 3 de esa norma matriz, noción que, confrontada a su versión anglosajona, supone ciertos matices.

El más importante de dichos matices viene dado por el hecho de que, en la tradición angloestadounidense, el *due process of law* tiene un alcance bastante mayor que el de una mera garantía procesal. En efecto, en Estados Unidos, ha sido comprendido como el instrumento práctico para proteger las libertades constitucionales y, en este sentido, en una especie de aval de la justicia¹⁸, lo que no tiene nada de extraño si, como señalaba el reconocido profesor Harold Berman, “[e]l «debido proceso de ley» es, en realidad, una expresión de la Inglaterra del siglo XIV, para significar derecho natural”¹⁹.

Como se indicaba, en Chile, ciertas garantías procesales que hoy entendemos inherentes a la noción de debido proceso han estado presentes desde los inicios de la República —aunque concebidas fundamentalmente como un conjunto de derechos procesales específicos—, recibiendo un reconocimiento más bien disperso y no sistemático. Se ha dicho que, quizás, una excepción a esto pudieran constituir la ciertas referencias más generales contenidas en algunos de los primeros ensayos constitucionales²⁰. Sin embargo, ellas parecen tener un objetivo más acotado: establecer una garantía ante la imposición de una pena. En este sentido, dichas cláusulas no parecen diferir tan sustantivamente de las que, al respecto, llegarán a contener los textos constitucionales de 1833 y 1925, aunque en algunas de ellas se haga una referencia al proceso.

De este modo, es posible, por ejemplo, recordar que el Reglamento Constitucional Provisorio de 1812 indicaba que, “[n]inguno será penado sin proceso y sentencia conforme a la ley” (art. XVIII). Por su parte, la Constitución Provisoria de 1818, al mismo tiempo que consagraba la presunción de inocencia (art. 3°, cap. I, T. I), planteaba que, “[n]inguno debe ser castigado o desterrado, sin que sea oído y legalmente convencido de algún delito contra el cuerpo social” (art. 2°, cap. I, T. I). Finalmente, la Constitución Política y Permanente de 1823 recogía estas ideas señalando que, “[n]inguno puede ser condenado si no es

18 FRONTAURA (2019) pp. 521-537.

19 BERMAN (1996) p. 22.

20 NAVARRO (2011) pp. 11-12.

juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho” (art. 122). Esta norma será recogida, con muy pequeñas variaciones, por los artículos 133 de la Constitución de 1833 y 11 de la Constitución de 1925²¹. Una regla más genérica, en cambio, parece encontrarse en la Constitución de 1822, dentro del acápite de garantías constitucionales, cuando se señala que, “[t]odo acto ejercido contra un hombre fuera del caso, y sin las formalidades que la ley prescribe, es arbitrario y tiránico” (art. 205). En fin, sin perjuicio de otras garantías más específicas, donde sobresalen las relativas a la seguridad y libertad personal, vale la pena destacar en estos textos del llamado período de ensayos constitucionales, aquella destinada a consagrar el juez natural y a prohibir las comisiones especiales, contenida, en particular, en los que tuvieron pretensiones de permanencia: art. 199 de la Carta de 1822; art. 136, de la de 1823; y art. 15, de la de 1828²².

Por su parte, ni la Constitución de 1833 ni la de 1925, contemplaban una cláusula general sobre debido proceso, salvo aquella de naturaleza más penal a la que se ha aludido y cuya formulación se había alcanzado en el texto de 1823. No obstante, en estas Cartas Fundamentales sí se advertían garantías procesales específicas. Así, por ejemplo, la prohibición de que el Presidente de la República o el Congreso revivieren procesos fenecidos (art. 108 de la Constitución de 1833 y art. 80 de la de 1925); o el derecho al juez natural y a no ser juzgado por comisiones especiales (art. 134 de la Carta del siglo XIX y art. 12 de la de comienzos del XX); o el derecho a no autoincriminarse en causas criminales (art. 144 del texto del régimen *portaliano* y art. 18 del surgido de la crisis de 1924).

21 C. de 1833: “Ninguno puede ser condenado, si no es juzgado legalmente, y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio” (art. 133). C. de 1925: “Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio” (art. 11).

22 C. de 1822: “Todos serán juzgados en causas civiles y criminales por sus jueces naturales, y nunca por comisiones particulares” (art. 199). C. de 1823: “Nadie puede ser juzgado sino en tribunales establecidos con anterioridad por la ley, y jamás por comisiones particulares” (art. 136). C. de 1828: “Ninguno podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por los tribunales establecidos por la ley. Ésta, en ningún caso, podrá tener efecto retroactivo” (art. 15).

De este modo, como puede apreciarse, esos reconocimientos a elementos del DP se expresaban en los referidos textos constitucionales de manera dispersa, fragmentaria y no sistemática, sin referencia a una cláusula general comprensiva de un elenco más amplio de garantías procesales que amparara tanto las más básicas de ellas y, por tanto, de fácil consenso, como las que pudieran surgir como efecto de una evolución cultural, dogmática y jurisprudencial.

Lo mismo cabe advertir en la legislación chilena infraconstitucional del siglo XIX en que aparecen incorporadas ciertas garantías procesales en los procedimientos jurisdiccionales. Ejemplo de ello, en el ámbito civil, fue la Ley de Nulidades de 1837 y la posterior reglamentación de la casación en la forma en el Código de Procedimiento Civil, incorporada por la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Justicia de 1878.

Básicamente, este panorama sufrió una importante transformación en nuestro derecho con la Constitución de 1980, en cuya discusión se advierte la voluntad de avanzar hacia una cláusula general que actúe como sustento y admisión del conjunto de garantías procesales, conforme a un mandato dirigido al legislador para dar debida cuenta de ellas en los procedimientos jurisdiccionales respectivos. Esa misma cláusula, posteriormente, sirvió de amparo para las garantías procesales contempladas en los tratados internacionales ratificados por Chile.

Así, se reconoció como derecho constitucionalmente garantizado esta idea angloestadounidense del “debido proceso”, en particular, cuando la nueva norma constitucional incorporó las nociones de “proceso previo legalmente tramitado” y de “racional y justo procedimiento” (art. 19 N° 3); ello fue, desde el inicio, destacado por profesores y tratadistas nacionales²³.

Esa pretensión de cláusula general se ha instalado de manera más precisa a nivel infraconstitucional, en algunos procedimientos reformados como en el caso del Código Procesal Penal en su causal de nulidad del artículo 373 letra a)²⁴.

23 FRONTAURA (2019) p. 537.

24 CÓDIGO PROCESAL PENAL, Chile, artículo 373 letra a): “Cuando en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren **infrin-**

En el ámbito del derecho administrativo, en particular, en materia sancionatoria, las exigencias de garantías procedimentales propias de un debido proceso se encuentran asumidas en la doctrina jurisprudencial tanto de nuestra Corte Suprema como del Tribunal Constitucional, a partir de prescripciones legales, pero sin una cláusula general. En efecto, la Ley 19.880 que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos, contempla una serie de condiciones y requisitos en consonancia con garantías propias del debido proceso —por ejemplo, la contradictoriedad, impugnabilidad, transparencia y publicidad, exigidas por el artículo 4° de dicha ley—, aunque sin una disposición que tenga vocación de generalidad.

Por último, tanto la doctrina como la jurisprudencia venían desarrollando la idea de que el mandato constitucional respecto del debido proceso alcanzaba también a la jurisdicción doméstica²⁵. El derecho positivo recogió esta tendencia de modo que, dentro de los procedimientos al interior de los cuerpos intermedios, también se instaló la idea del debido proceso, a partir de la Ley N° 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública que introdujo, en este ámbito, importantes reformas al Código Civil. Así, por una parte, se derogó el art. 554 que otorgaba a las corporaciones y fundaciones el derecho de policía correccional sobre sus miembros en conformidad a sus estatutos y, por otra, se estableció que estas instituciones debían ejercer la potestad disciplinaria “(...) a través de una comisión de ética, tribunal de honor u otro organismo de similar naturaleza (...) mediante un procedimiento racional y justo, con respeto de los derechos que la Constitución, las leyes y los estatutos confieran a sus asociados” (nuevo inciso segundo, art. 553). Cabe recordar que estas normas son obligatorias para toda asociación que pretenda obtener personalidad jurídica (art. 5°) y refieren, en ese ámbito, a la aplicación del debido proceso a partir de una formulación genérica de la garantía.

gido sustancialmente derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”.

25 FERNANDOIS (1997); FERNÁNDEZ (1999); y FERNÁNDEZ (2004).

4. Derechos o garantías diferentes

Como cuestión básica y en relación con la protección de los derechos individuales, deben distinguirse claramente dos derechos diferentes que se implican recíprocamente, y que atienden a una comprensión integral de esa protección, la cual debe contar necesariamente con un reconocimiento constitucional. Se trata de derechos fundamentales, pues constituyen el cimiento sobre el cual se apoya la posibilidad de hacer efectivos los derechos subjetivos e intereses legítimos de las personas que contempla el ordenamiento jurídico, los que, de otra manera, tendrían un carácter meramente retórico. En rigor, nada de esto presenta una novedad conceptual, pues es indiscutible que se encuentran recogidos directa o indirectamente en el actual texto constitucional e, incluso, como se ha señalado, a nivel infraconstitucional; el punto, más bien, estriba en avanzar en un discernimiento que, dada su relevancia, contribuya a su mayor claridad y a un desarrollo coherente de las doctrinas jurisprudenciales que se generen con motivo de su aplicación.

Conforme a lo señalado, cabe distinguir:

- (i) **Derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales y administrativos del Estado** (derecho a la acción). Es, por ejemplo, lo que se contempla en el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Al respecto, no está de más recordar que, a propósito del acceso a los órganos jurisdiccionales en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil, se plantea una regulación en los siguientes términos: “Artículo 1º. Tutela Jurisdiccional. Toda persona tiene derecho a recabar de los tribunales la protección de sus derechos e intereses legítimos, con arreglo a un debido proceso el que se desarrollará en la forma y mediante los procedimientos reglamentados en este Código, sin perjuicio de lo que se disponga en leyes especiales”²⁶.
- (ii) **Derecho al debido proceso**, del cual se derivan las garantías específicas que son congregadas bajo este concepto y que, en definitiva, lo dotan de contenido y significado. El derecho a la

26 Proyecto de Ley que Establece un Nuevo Código Procesal Civil, Boletín 8197-07. Disponible en www.camara.cl

protección es, entonces, un derecho de acceso a una forma o metodología dialéctica y cualificada de resolución o prevención de los conflictos de relevancia jurídica que es el que conocemos hoy como “debido proceso”. La aplicación de esa metodología es fruto de una evolución cultural que, en el Estado moderno, ha buscado desterrar soluciones de autotutela, privilegiando la solución de los conflictos de una manera objetiva y racional que garantice y posibilite la armonía social, sobre la base de decisiones basadas en la verdad de los hechos y en la justicia de la decisión.

Hoy es un concepto recogido universalmente en las constituciones de una gran cantidad de países, en sus legislaciones internas y en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, aunque no exista un tratamiento uniforme ni formalmente coherente que obedezca a un consenso. Así, por ejemplo, el debido proceso está contemplado como exigencia para los Estados de manera directa en el art. 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el art. 46 de manera indirecta, aunque paradójicamente es el lugar escogido para usar la expresión material de “debido proceso legal” (art. 46.2.a). A su vez, está contenido también en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Ambos derechos, entonces, no solamente deben diferenciarse, sino cualificarse adecuadamente, dotándolos de significado claro y preciso, conforme se aborda de manera propositiva en el capítulo siguiente para ser considerado en un futuro texto constitucional.

II. Ideas en el ámbito de la protección de estos derechos o garantías

A continuación, en correspondencia con lo expresado anteriormente, se pueden formular algunas ideas concretas que cualifican los dos derechos fundamentales referidos y que podría ser conveniente tener presentes para un nuevo texto constitucional.

1. Respeto del derecho de acceso a la protección de los derechos

a) *Primera idea: consagración precisa del derecho de acceso a la protección de los derechos o derecho de acción*

La reglamentación actual de este derecho es claramente insuficiente, pues se extrae solo indirectamente del artículo 19 N° 3 de la CP: la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos²⁷. Es decir, en la actualidad parece ser más un derecho constitucional implícito, cuyo desarrollo ha ido solamente de la mano de la dogmática y de la doctrina jurisprudencial, de manera que pareciera recomendable incorporar esta garantía de manera explícita. Además, su consagración como acceso a la protección de los derechos debiera extenderse no solo al ámbito jurisdiccional, sino también al ámbito administrativo, espacio este último en que los derechos de las personas se debaten con creciente importancia.

b) *Segunda idea: cualificaciones complementarias*

El derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales o administrativos del Estado no puede agotarse en una expresión meramente formal, sino que cabe cualificarlo. De esta manera, ese derecho tiene por propósito la solución o prevención de un conflicto jurídico y, en general, obtener la actuación del ordenamiento jurídico, no de cualquier forma, sino que a través de una metodología dialéctica que es el debido proceso. Con todo, el derecho de acceso no puede dissociarse del objetivo y de los valores perseguidos, pues razonablemente supone sustentarse en el establecimiento de la verdad de las proposiciones fácticas y en la justicia de las decisiones.

De esta manera, resulta que el derecho de acceso a los órganos del Estado para la solución o prevención de los conflictos jurídicos resulta indisociable tanto respecto del método a utilizarse como de la naturaleza de los valores y criterios prácticos con arreglo a los cuales ese conflicto debe ser resuelto, los que deben, a su vez, estar reflejados normativamente en el ordenamiento jurídico.

27 STC 815-2007 y STC 792-2008.

En ese sentido, el derecho de acceso a los órganos del Estado para la solución del conflicto con base en el debido proceso puede cualificarse complementariamente en la forma siguiente:

(i) **Derecho a una protección ajustada al ordenamiento jurídico.**

Conforme al actual artículo 19 N° 3 de la CP: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de **un procedimiento y una investigación racionales y justos**”. Sin duda, el debido proceso es la forma por medio de la cual se accederá a la decisión del conflicto por el órgano jurisdiccional —aunque no exclusivamente—. La norma se refiere a la justicia y racionalidad del método, pero no proyecta ambos conceptos al contenido de la decisión.

Muchas veces, en distintas oportunidades, se aprecia la existencia de decisiones jurisdiccionales o administrativas fundadas en singulares criterios de los juzgadores, los que trasuntan sesgos personales o particulares percepciones de lo justo en el caso concreto. Para hacer realidad estas visiones, esas decisiones prescinden o interpretan el ordenamiento jurídico de una manera voluntarista, atendiendo a elementos exógenos; en otras ocasiones, derechamente, hay una apropiación de algún principio o valor abstracto del sistema jurídico, el que es instrumentalizado con intención transformadora del derecho y la cultura.

Se olvida que la ley, aún con sus defectos, expresa los principios y valores que como sociedad nos damos para garantizar la convivencia pacífica en un momento histórico determinado y requiere ser aplicada con objetividad y de manera igualitaria, y que su cambio debe ser consecuencia de un debate formal a través de los órganos representativos y deliberativos que la propia sociedad se ha dado. El apartarse de la aplicación e interpretación uniforme, objetiva e igualitaria de la ley, abre la puerta a la arbitrariedad, incluso, cuando está inspirada por nobles intenciones, ya que, una aplicación supuestamente “creativa”, pero disruptiva, afecta los principios y valores indispensables para la mantención de la armonía social, presupuesto indispensable para alcanzar el bien común de todos los miembros de la sociedad.

Por consiguiente, debe expresarse con claridad en lo atinente al ejercicio de las funciones jurisdiccionales y administrativas, que la justicia como valor inmanente, se alcanza por medio del respeto irrestricto de las garantías procesales y en tanto las decisiones se profieran con estricto apego al ordenamiento jurídico, es decir, con aplicación de la ley vigente y de las demás fuentes del derecho reconocidas por ese ordenamiento.

- (ii) **Derecho a una protección oportuna.** La protección de los derechos debe prestarse en un **tiempo razonable**, sin dilaciones indebidas. Esto debe predicarse respecto del procedimiento, pero parece razonable sostener que es parte del derecho mismo de acceso a los órganos estatales, indisociable, por tanto, de la eficacia temporal de la protección que se solicita, a riesgo de tornarla en meramente teórica.
- (iii) **Derecho a una protección coherente y uniforme.** El derecho de acceso igualitario de las personas a los órganos del Estado no es sino la explicitación de la garantía de igualdad ante la ley, la que debe implicar asimismo soluciones del conflicto que sean expresivas de esta garantía. Por lo tanto, forma parte del derecho de acceso, el que las decisiones frente a casos relativos a presupuestos fácticos comparativamente iguales sean **uniformes** y además **coherentes** con lo pedido, respetándose así el derecho y garantía de igualdad ante la ley, además de la necesaria y razonable certeza jurídica, indispensable para la predictibilidad de las decisiones, valor al que debiera aspirar todo sistema jurídico.

Por ende, el derecho de acceso a la jurisdicción o derecho de acción debiera conceptualizarse como el derecho a una protección de los derechos, de conformidad con el ordenamiento jurídico, oportuna, coherente y uniforme.

c) Tercera idea: derecho a la protección de los derechos en dos niveles

Para los efectos de estas reflexiones se entiende que estos dos derechos fundamentales —derecho de acceso y al debido proceso— deben estar presentes, necesariamente, en dos **niveles** que relacionan a las personas con el Estado: protección jurisdiccional y protección administrativa

—incluidos los asuntos voluntarios—²⁸. Otro asunto que debiera ser objeto de debate en un nuevo texto constitucional es el valor y alcance que estos derechos debieran tener en los cuerpos o sociedades intermedios.

En consecuencia, el derecho de las personas a la protección de los derechos y garantías exigible al Estado debe ser procedente ante los órganos jurisdiccionales y ante la administración del Estado, teniendo siempre la última palabra los órganos jurisdiccionales. Debido a la cualidad de las decisiones que ahí se toman, la primacía la tienen ellos y, así, a aquellas deben subordinarse las resoluciones que se adopten en cualquier ámbito administrativo; el nivel jurisdiccional debe primar sobre el administrativo, en el acceso y en la revisión de sus decisiones, así como en los efectos de intangibilidad (cosa juzgada) y coercibilidad final de estas.

d) Cuarta idea: derecho a la protección comprende el derecho a la prevención

La protección se otorga no solo para amparar a las personas ante la vulneración de sus derechos e intereses legítimos, sino también para prevenir y evitar que esa lesión se produzca (v.gr. acciones de mera certeza, acciones de condena de futuro, recurso de protección ante “amenazas” de vulneración de derechos). Es decir, el proceso, en tanto instrumento de esa protección, tiene carácter resolutivo de los conflictos de relevancia jurídica, pero debe tener también carácter preventivo, lo cual se incardina asimismo en los propósitos de armonía social y bien común.

e) Quinta idea: salidas alternativas y autocomposición

La protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos, no se agota en su discernimiento y asignación por vías heterocompositivas y se requiere del Estado, y eventualmente de la sociedad civil, una respuesta más amplia.

Así, se debe abrir espacio en los niveles antes referidos a las vías autocompositivas, como la mediación u otros mecanismos negociados

28 A vía ejemplar, así lo consagra el Título II, Capítulo I, art. 29 de la Constitución Política de Colombia: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

que, ciertamente, pueden representar una alternativa idónea para alcanzar los mismos objetivos de las funciones resolutorias, aunque con menos dispendio de recursos materiales y humanos. Incluso, se ha sostenido que, por este medio, se pueden alcanzar dichos fines con igual o mayor eficacia, ya que contribuyen de mejor forma a la armonía social y tienen vocación de permanencia, al menos en aquellos ámbitos de bajo compromiso del orden público. En todo caso, esta vía debe contemplarse de una manera que posibilite opciones y alternativas, no como un medio de sustituir o evadir el deber estatal de proporcionar acceso a la justicia.

Esas vías alternativas deben contemplarse con reconocimiento constitucional de manera que “heterocomposición” y “autocomposición” deben conformar un binomio siempre presente.

2. Respeto del derecho al debido proceso

a) *Primera idea: garantías específicas y diferenciadas a considerar en esos ámbitos*

Conforme al actual artículo 19 N° 3 de la CP, “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

El instrumento a través del cual el Estado otorga protección, son los procedimientos jurisdiccionales y administrativos, **racionales y justos** —según el actual texto constitucional— cualificados con ciertas garantías básicas establecidas por la CP, con base en las cuales el legislador debe configurarlos.

La incorporación de las garantías básicas de todo procedimiento debe atender, desde luego, a las particularidades de cada uno de los ámbitos en que deben aplicarse. En el caso de los procesos jurisdiccionales y administrativos, deben contemplarse especialmente algunos matices entre procedimientos civiles, penales y administrativos no sancionadores y procedimientos penales, civiles y administrativos sancionadores.

Por consiguiente, se postula que las referidas garantías deben considerarse diferenciadamente, al menos en tres niveles:

- (i) Garantías propias de la protección jurisdiccional.
- (ii) Garantías propias de la protección administrativa.

- (iii) Garantías propias del derecho sancionador jurisdiccional-penal y sancionatorio en general.

Un criterio razonable para atender a esas garantías de manera diversa, lo contiene el recurso de casación en la forma reglamentado en el Título XIX del Libro III del Código de Procedimiento Civil y su antecedente, el recurso de nulidad de 1837, los que otorgan elementos de anclaje para atender a la clasificación de estas garantías: (i) garantías del órgano jurisdiccional/administrativo; (ii) garantías formales de la sentencia o resolución y; (iii) garantías del procedimiento mismo. Estas garantías deben aplicarse según los ámbitos de tutela específica, así, por ejemplo, la garantía de cosa juzgada solo es predicable respecto de los órganos jurisdiccionales, en cambio, la bilateralidad de la audiencia o el derecho a la prueba resultan exigible sin distinción alguna.

Sobre esta base, pueden clasificarse estos derechos/garantías en la forma siguiente:

- (i) Garantías inherentes al órgano:
 - Derecho al juez/órgano independiente
 - Derecho al juez/órgano imparcial
 - Derecho al juez/órgano predeterminado por la ley (juez natural) y a no ser juzgado por comisiones especiales.
- (ii) Garantías inherentes a la sentencia, resolución o decisión:
 - Derecho a una sentencia/resolución/decisión basada en el ordenamiento jurídico vigente o, más amplio, en el derecho aplicable
 - Derecho a una decisión motivada y congruente con las pretensiones deducidas
 - Derecho a la ejecución
 - Derecho a la cosa juzgada
- (iii) Garantías inherentes a todo procedimiento:
 - Derecho a la defensa jurídica letrada y gratuita para acusadores y víctimas
 - Derecho a la prueba
 - Derecho a un intérprete
 - Derecho a la igualdad de partes (igual trato)
 - Derecho a la contradicción o bilateralidad de la audiencia
 - Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

- Derecho a un proceso de costos razonables
 - Derecho al recurso que permita una revisión integral de lo decidido por un órgano jurisdiccional superior
 - Derecho a la publicidad del juicio y los actos judiciales/administrativos, salvo se lesionen otras garantías fundamentales
 - Derecho a la conciliación y autocomposición en general
- (iv) Garantías propias del proceso penal y sancionatorios en general:
A lo anterior, deben agregarse, por su especialidad, aquellas garantías propias del ámbito penal que deben extenderse de manera razonable (es decir, no necesariamente del mismo modo) a los procedimientos sancionatorios en general:
- Derecho a que la ley no presuma de derecho la responsabilidad penal ni sancionatoria en general.
 - Derecho a la presunción de inocencia.
 - Derecho a que ningún delito o conducta antijurídica se castigue con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.
 - Derecho a que ninguna ley pueda establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.
 - Derecho a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable.
 - Derecho a ser informado sin demora, en forma detallada y en un idioma que comprenda la persona, la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella.
 - Derecho a un procedimiento especial de ejecución de penas que regule los derechos y deberes de las personas que cumplen una condena, y establezca las competencias de una judicatura especializada.

b) Segunda idea: es indispensable que se debata y determine el alcance del debido proceso en las sociedades intermedias

Otro ámbito posible de aplicación de las garantías procedimentales como presupuesto de la resolución o prevención en sentido amplio de conflictos jurídicos, es el relativo a las sociedades intermedias, como colegios profesionales, asociaciones gremiales, establecimientos educacionales, corporaciones y fundaciones, por nombrar algunas. Ellas se organizan

contemplando mecanismos de protección y sanción disciplinaria de sus miembros en el ámbito de su competencia. Actualmente, el principio ya ha sido establecido por la Ley 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, como se reseñó anteriormente.

Además, del antecedente legal referido hay que tener en cuenta que el DP, en tanto derecho fundamental, no solo se integra verticalmente en la relación de las personas y el Estado, sino que también podría caber dentro del llamado “efecto horizontal de los derechos”, aplicable entre privados. Este efecto se considera comprendido en lo dispuesto por el artículo 6º, inciso 2º de la CP cuando señala que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos **como a toda persona, institución o grupo**”.

En este plano, parece conveniente abordar el debate sobre este asunto y, en particular, de considerarse necesaria su extensión a los procedimientos en los cuerpos intermedios, el alcance que, atendida la naturaleza y realidad de estas asociaciones libres y voluntarias, debiera dársele a estas garantías mínimas de racionalidad y justicia. En este sentido, en la eventualidad de plantear este asunto, sería indispensable que los temas mencionados y delineados en el acápite anterior, se contemplen teniendo a la vista un cuarto nivel: **garantías exigibles en los cuerpos intermedios y procesos privados**.

Por último, en este campo resulta fundamental tener en cuenta el hecho de si, directa o indirectamente, se llega a establecer la obligatoriedad de pertenencia a un cuerpo intermedio, pues ello obligaría a que exista respecto de ellas un trato diferente en materia de garantías del DP, si se compara con el que podría darse para asociaciones voluntarias y múltiples. Es evidente que, cuando se impone a las personas la afiliación a un ente intermedio —que muchas veces tiene también el carácter de único—, las garantías referidas deben estar reconocidas en toda su extensión, asegurando, además, que la última palabra la tengan los tribunales.

III. Cuestión final ¿cláusula amplia o específica con *numerus apertus*?

La certeza y seguridad jurídicas son valores tan esenciales como la igualdad ante la ley. Sin embargo, constituye una máxima experiencial el que los intentos del legislador por abordar la totalidad de las hipótesis fácti-

cas susceptibles de ser cubiertas por una enumeración taxativa contenida en un precepto jurídico han resultado siempre total o parcialmente ineficaces. Huelga explicar las razones por las cuales resulta imposible comprender en un catálogo toda la inmensa diversidad que suponen y comprenden los fenómenos fácticos en el ámbito social, jurídico, cultural y económico, dinamizados, además, por la ampliación permanente de las fronteras del conocimiento y experiencias humanas. En relación con las garantías del debido proceso, el ejemplo es notable, pues no solo la evolución ha incorporado garantías antes no consideradas, sino que aquellas que fueron explícitamente excluidas en el pasado, hoy, su exclusión resultaría inconcebible —parece ser un ejemplo de esto la fundamentación de las sentencias en su parte de derecho que, en ciertas épocas, no se consideraba un requisito, pues, aparentemente, se estimaba que la expresión de motivos jurídicos de la decisión podía socavar la imagen de la autoridad—. Del mismo modo, puede producirse un cambio en sentido inverso.

Pareciera difícil prescindir desde luego de una formulación general comprensiva que, sin ánimo taxativo, ampare todas las garantías procesales respecto de las que ya existe consenso y de aquellas que el desarrollo dogmático y jurisprudencial vaya incorporando en el futuro. El problema estriba en si junto a esa noción es necesario o útil entrar en el farragoso e impreciso ámbito de su enumeración particular, o bien sería mejor enumerar aquellas garantías más básicas o, por fin, intentar agruparlas de una manera coherente.

Desde luego, toda enumeración de garantías plantea un doble riesgo, por una parte, de insuficiencia y, por la otra, de su banalización. La primera, como se señaló, es el defecto propio de toda lista cuya exhaustividad resulta normalmente desmentida por el desarrollo histórico de las instituciones. De otra parte, un inventario demasiado amplio implica el riesgo de confundir lo que son auténticas garantías procesales con aquellos criterios técnicos que permiten al legislador atender diferenciadamente a los requerimientos de protección. Así, por ejemplo, es cuestión técnica y no de principios si el procedimiento será oral o escrito, o si tendrá elementos de ambos, o si será concentrado o desconcentrado. En cambio, el derecho a la bilateralidad de la audiencia, a la defensa, a la prueba o a una sentencia motivada son, auténticas, básicas e indisociables garantías propias de la identidad de la noción misma de debido proceso.

Desde este punto de vista, la idea de contar con una cláusula general parece acertada, aunque su consagración positiva en el texto constitucional actual dista mucho de ese objetivo, pues el constituyente de 1980 no adoptó una posición clara, al establecer, junto a esa cláusula amplia, solo algunas de las garantías procesales que la conforman, lo que obviamente hace perder perspectiva al estatuto. Los defectos de la actual reglamentación constitucional de la institución no son exclusivos del constituyente chileno, siendo una deficiencia que se advierte en otras Cartas Fundamentales y en la legislación internacional, no existiendo sobre el particular puntos de acuerdo. Cualquier solución, o intento de ella por parte de un nuevo texto constitucional, sería una cuestión novedosa, pero necesaria como aporte a una mirada integral, coherente y amplia de estos derechos y garantías fundamentales.

Sin pretensión alguna de encontrar la solución a una cuestión que no ha sido resuelta ni en el orden internacional ni en los ordenamientos jurídicos de otros países, ni por el derecho comparado, parece razonable mantener una enunciación general o cláusula amplia, expresiva del derecho a un debido proceso, extensible en su aplicación, diferenciadamente a los ámbitos que hemos planteado. Junto a esa formulación general, parece ser conveniente señalar con latitud que esas garantías tienen que ver, como antes se indicó, con tres aspectos complementarios: (i) garantías del órgano jurisdiccional/administrativo; (ii) garantías formales de la sentencia o resolución; y (iii) garantías del procedimiento mismo.

Bajo tal formulación pueden adscribirse garantías generales a cada una de tales expresiones, con vocación amplia, y cuya especificidad, tal y como sucedió con el actual texto, podrá encontrarse como elemento integrativo en el desarrollo constitucional. De este modo, en lo que se refiere a las garantías del órgano jurisdiccional, puede hacerse referencia al carácter de órgano o de juez natural, su imparcialidad e independencia; en cuanto a la sentencia, es posible rescatar su fundamentación y deber de coherencia, su ejecutividad e intangibilidad (cosa juzgada) según los casos; y, finalmente, en cuanto al procedimiento, considerar en términos generales el derecho a defensa, la bilateralidad de la audiencia y la igualdad de partes. Por último, en materia penal es esperable que se abunde en la presunción de inocencia, la prohibición de leyes penales en blanco, el *non bis in ídem* y el derecho a un procedimiento y a una justicia especializada a cargo de la ejecución de las penas, por nombrar los derechos más relevantes.

Bibliografía citada

- BERMAN, Harold J. (1996): *La formación de la tradición jurídica de occidente* (trad. Mónica Utrilla de Neira, México D.F., Fondo de Cultura Económica).
- DE AQUINO, Tomás (1948): *Summa Theologiae* (trad. Ismael Quiles, Club de Lectores, Buenos Aires, Madrid).
- FERNANDOIS, Arturo (1997): “Notas sobre el Debido Proceso y su Dimensión Metalegal”, en *Revista de Derecho – Universidad de Concepción*, N° 203, pp. 293-300.
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (1999): “Recurso de Protección y Jurisdicción Doméstica”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26 N° 3, pp. 761-781.
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2004): “Derecho a la jurisdicción y debido proceso”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 2 N° 1, pp. 99-121.
- FRONTAURA, Carlos (2019): “Debido Proceso en la Cuenta de los Presidentes de la Corte Suprema”, en BRITO CRUZ, Haroldo (coord.) y ALDUNATE LIZANA, Eduardo (edit.), *100 años Cuentas Públicas*, Tomo II (Poder Judicial República de Chile).
- FULLER, Lon L. (2019): *La moral del derecho* (trad. Fernando Contreras, Santiago de Chile, Instituto de Estudios de la Sociedad).
- HÜBNER, Jorge (2002): *Introducción al Derecho* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, séptima edición).
- KELSEN, Hans (1969): *Teoría General del Derecho y del Estado* (trad. Eduardo García Maynez, México, UNAM Textos Universitarios, tercera edición).
- NAVARRO, Enrique (2011): “El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en ARANCIBIA, Jaime, MARTÍNEZ, José Ignacio y ROMERO, Alejandro (coords.), *Litigación Pública* (Santiago, Legal Publishing – Universidad de Los Andes).
- NINO, Carlos Santiago (1991): *Introducción al análisis del Derecho* (Barcelona, Editorial Ariel S.A., cuarta edición).
- ORREGO, Cristóbal (2019a) *Derecho: temas y problemas* (Santiago, Ediciones del Círculo de Santiago).
- ORREGO, Cristóbal (2019b) *Derecho: conceptos fundamentales. Iniciación crítica a la mentalidad jurídica* (Santiago, Ediciones del Círculo de Santiago).
- TARUFFO, Michele (2012): *Consideraciones sobre la prueba y motivación de la sentencia civil* (trad. Editorial Metropolitana, Chile).

EL MINISTERIO PÚBLICO Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL

XIMENA MARCAZZOLO AWAD¹ Y MARÍA ELENA SANTIBÁÑEZ TORRES²

I. Propuesta de reformas al Ministerio Público durante el proceso constituyente

1. Antecedentes generales³

El Ministerio Público es un organismo cuyo origen en Chile⁴ se remonta a la Ley N° 19.519 de 6 de septiembre de 1997. El estatuto legal precitado creó el Ministerio Público incorporando un nuevo capítulo en la Constitución, correspondiente al VI-A, compuesto por los artículos 80-A al 80-I. A consecuencia de esta reforma, se dicta la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público el 15 de octubre de 1999⁵. Con posterioridad, durante el año 2005, la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050 realizó diversas modificaciones a dicho articulado, entre ellas,

-
- 1 Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile Profesora de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Avenida Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago de Chile. Dirección electrónica: xmarcazz@uc.cl
 - 2 Magister en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora de Derecho Penal, Procesal Penal y Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección electrónica: msantiba@uc.cl
 - 3 El apartado sobre Ministerio Público se elaboró tomando como base el apunte sobre Ministerio Público preparado para la Cátedra de Procedimientos Penales por los profesores Nicolás Arrieta y Ximena Marcazzolo, siendo actualizado por los ayudantes del ramo.
 - 4 Antes del Ministerio Público en Chile existieron los promotores fiscales que fueron suprimidos en el año 1927, en virtud del DFL 426 de 3 de marzo de dicho año, del Ministerio de Justicia.
 - 5 Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, N° 19.640.

la incorporación del capítulo VII sobre el Ministerio Público, que hasta la fecha comprende los artículos 83 al 91.

El Ministerio Público es un organismo constitucional, autónomo y jerarquizado. Sus funciones principales son tres: (i) dirigir la investigación de los hechos que revistan los caracteres de delito para determinar su existencia y la participación punible o inocencia de los imputados; (iii) ejercer la acción penal en su caso; y (ii) brindar protección a víctimas y testigos. La propia Constitución consigna expresamente que en caso alguno puede ejercer funciones jurisdiccionales⁶.

Esta institución es independiente de los tres poderes del Estado, incluyendo al Poder Judicial⁷. Desde la perspectiva de la organización del Estado, no integra la administración del Estado, porque es un organismo de carácter constitucional como lo es el Tribunal Constitucional. Se regula por una ley orgánica y no se rige por la Ley de Bases de la Administración Pública, sin perjuicio que diversas disposiciones de este último cuerpo normativo se encuentran incorporadas en la Ley N° 19.640 del Ministerio Público.

Su estructura orgánica tiene por finalidad garantizar que cumplirá sus atribuciones de dirección de la investigación, ejercicio de la acción penal según el caso y, de protección de víctimas y testigos, sin restricciones o limitaciones que pudieran provenir desde la administración pública.

Respecto de la función relativa a la dirección exclusiva de la investigación de los hechos que revistan el carácter de delitos, esta conlleva que dicho organismo sea el único encargado de la instrucción criminal, dejando de lado las propuestas que se inclinaban por la posibilidad que pudiera intervenir un juez instructor. Dichas iniciativas fueron promovidas durante la discusión de la ley por parte de la doctrina procesal penal chilena y extranjera. En todo caso, la dirección exclusiva de la investigación no supone la realización de todas las diligencias de investigación, toda vez que la gran mayoría de estas son delegadas a las policías como auxiliares de la investigación. De manera que se trata principalmente de una dirección jurídica⁸.

6 Artículo 83 CPR y artículo 1° LOCMP.

7 En el mismo sentido véase MATORANA y MONTERO (2010) pp. 186 y ss.

8 CHAHUÁN (2007) p. 59.

La segunda función del Ministerio Público corresponde al ejercicio de la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Sin perjuicio de las discusiones que ha protagonizado la doctrina y la jurisprudencia en torno a esta materia, existe cierto consenso en orden a que el Ministerio Público posee un ejercicio preferente⁹ respecto de la misma. Lo expresado obedece a la existencia de algunas prerrogativas contempladas en la Constitución y en la ley que tienden a relativizar la idea que podamos estar ante un monopolio absoluto. Ejemplo de esto último se encuentra en el Código Procesal Penal que autoriza la intervención del querellante en los delitos de acción penal pública en calidad de adhesivo o particular. En el mismo orden de ideas, es posible citar el instituto del forzamiento de la acusación que procede previo requerimiento del querellante y supone la aprobación del juez de garantía¹⁰.

Finalmente, esta institución es la responsable de otorgar protección a las víctimas y los testigos. Esta función se encuentra plasmada en el artículo 83 de la Constitución Política, el artículo 1° de la LOCMP y el artículo 6° del Código Procesal Penal.

La estructura orgánica del Ministerio Público es jerárquica. En la cúspide se encuentra el Fiscal Nacional cuya sede se encuentra radicada en la ciudad de Santiago. Bajo esta autoridad existen 19 fiscalías regionales, cada una a cargo de un Fiscal Regional. A continuación, se encuentran las fiscalías locales, donde se desempeñan los fiscales adjuntos.

9 MATURANA Y MONTERO (2010) p. 335.

10 La discusión se ha centrado en los casos en los que la investigación no se ha formalizado y el querellante insta por forzar la acusación pese a no existir dicha imputación de cargos. Esta materia ha sido llevada al Tribunal Constitucional, que en su jurisprudencia reciente ha acogido el forzamiento de la acusación en estos términos, entendiendo que no se infringe el principio de congruencia y que este debe darse, en estos casos, entre la acusación particular y la querrela, como ocurre en los siguientes fallos: Rol N° 5653-18-INA, de 29 de octubre de 2019; Rol N° 6718-18-INA de 28 de noviembre de 2019; Rol N° 8142 -20-INA, de 7 de enero de 2020; Rol N° 7237-19-INA, de 3 de marzo de 2020; Rol N° 8161-20-INA, del 14 de mayo de 2020; Rol N° 8060-20-INA, de 15 de mayo de 2020; Rol N° 8798-20-INA, de 8 de junio de 2020; Rol N° 887-20-INA, de 10 de julio de 2020; Rol N° 8925-19-INA, de 22 de septiembre de 2020; Rol N° 8974-20-INA, de 12 de noviembre de 2020; Rol N° 9266 -20-INA, de 21 de enero de 2021 y Rol N° 9239-20-INA, de 28 de enero de 2021.

El Fiscal Nacional es la máxima autoridad y responsable por su funcionamiento. En la actualidad ejerce su cargo por un plazo de ocho años y no puede ser designado para el siguiente periodo. Originalmente su duración era de diez años, siendo rebajada durante la Reforma Constitucional del año 2005¹¹.

Para ser nombrado Fiscal Nacional, se deben cumplir los requisitos plasmados en el artículo 85 de la Constitución y 14 de la LOCMP:

- (i) Poseer las calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio;
- (ii) Tener a lo menos diez años el título de abogado;
- (iii) Haber cumplido cuarenta años de edad; y
- (iv) No encontrarse sujeto a alguna de las incapacidades e incompatibilidades previstas en la LOCMP (arts. 85 CPE y 14 LOCMP).

Las funciones del Fiscal Nacional están reguladas en los artículos 17 a 19 de la LOCMP.

La Fiscalía Nacional está organizada a través de un conjunto de unidades administrativas y unidades especializadas que colaboran con el trabajo del Fiscal Nacional. La estructura orgánica se compone de seis unidades administrativas: (i) División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de Gestión; (ii) División de Contraloría Interna; (iii) División de Recursos Humanos; (iv) División de Administración y Finanzas; (v) División de Informática; y, (vi) División de Atención a las Víctimas y Testigos¹². Además, como se mencionó, se encuentran las unidades especializadas cuya función es colaborar y asesorar a los fiscales que tengan bajo su responsabilidad la dirección de una determinada categoría de delitos¹³.

Las fiscalías regionales se encuentran a cargo de un Fiscal Regional. Se trata de la autoridad máxima responsable del ejercicio de la acción penal en la región en la que ha sido designado¹⁴. El Fiscal Regional

11 Ley N° 20.050 de Reforma a la Constitución.

12 Artículo 20 de la LOCMP.

13 Artículo 22 de la LOCMP.

14 Al respecto el artículo 27, inciso primero de la LOCMP dispone: “Artículo 27.- A los fiscales regionales corresponde el ejercicio de las funciones y atribuciones del Ministerio Público en la región o en la extensión geográfica de la región que corresponda a la fiscalía regional a su cargo, por sí o por medio de los fiscales adjuntos que se encuentren bajo su dependencia”.

puede ejercer las funciones del Ministerio Público por sí mismo o a través de los fiscales adjuntos que se encuentran a su cargo. Esta es una importante diferencia con el Fiscal Nacional, quien solo puede ejercer la acción penal por sí mismo en el caso contemplado en el artículo 18 de la LOCMP¹⁵.

De conformidad a lo plasmado en el artículo 86 de la Constitución y el artículo 29 de la LOCMP, los fiscales regionales son nombrados por el Fiscal Nacional a propuesta de una terna que elabora la Corte de Apelaciones respectiva. Lo anterior no aplica a las regiones que tengan más de una Corte, en cuyo caso dicha terna será confeccionada por el pleno de dichas Cortes, el que será especialmente convocado al efecto.

Los requisitos para ser Fiscal Regional son los siguientes:

- (i) Ser ciudadano con derecho a sufragio;
- (ii) Tener a lo menos cinco años el título de abogado;
- (iii) Haber cumplido treinta años de edad; y
- (iv) No encontrarse sujeto a alguna incapacidad e incompatibilidad de las previstas en el título V de la LOCMP.

Los fiscales regionales cesan en el cargo al cumplir 75 años de edad. El mismo límite de edad se aplica al Fiscal Nacional.

A continuación, dentro de la escala jerárquica, se encuentran las fiscalías locales. Estas pueden ser definidas como unidades territoriales de las fiscalías regionales. Están destinadas a la realización de las funciones de investigación, de ejercicio de la acción penal y de protección a víctimas y testigos en la respectiva zona asignada. En las fiscalías locales se desempeñan los fiscales adjuntos, los que están a cargo de un fiscal jefe tratándose de Fiscalías colegiadas.

Los fiscales adjuntos disponen de independencia funcional en el ejercicio de su labor, no pudiendo recibir instrucciones particulares del Fiscal Nacional, respecto de un caso que tengan a su cargo, con la sola

15 El artículo 18 de la LOCMP señala: “El Fiscal Nacional podrá asumir, de oficio y de manera excepcional, la dirección de la investigación, el ejercicio de la acción penal pública y la protección de las víctimas o testigos respecto de determinados hechos que se estimaren constitutivos de delitos, cuando la investidura de las personas involucradas como imputados o víctimas lo hiciere necesario para garantizar que dichas tareas se cumplirán con absoluta independencia y autonomía”.

excepción prevista en los artículos 17 a) y 18 de la LOCMP. El respectivo Fiscal Regional sí puede dar instrucciones particulares al fiscal adjunto correspondiente a su zona geográfica. A su turno, el fiscal adjunto —a menos que estime que tales instrucciones son manifiestamente arbitrarias o que atentan contra la ley o la ética profesional—, debe cumplirlas. En todo caso, la ley les concede la facultad de representar dicha instrucción a través del procedimiento consignado en el artículo 44, incisos segundo y tercero de la LOCMP¹⁶.

2. Diagnóstico

La autonomía¹⁷ del órgano encargado de la persecución penal ha sido objeto de un conjunto de críticas. Estos cuestionamientos han tenido lugar pese a los controles contemplados en la Constitución y la LOCMP.

Como cuestión previa a la mención de las principales objeciones que se han esgrimido respecto del ejercicio de la autonomía por parte del órgano investigador, conviene revisar la regulación actual, particularmente en relación con los controles que se contemplan. Estos últimos tienen por finalidad evitar que dicha autonomía pudiera afectar la eficacia de la investigación y el ejercicio de la acción penal.

16 Artículo 44, inciso segundo y tercero: “Los fiscales adjuntos estarán igualmente obligados a obedecer las instrucciones particulares que el Fiscal Regional les dirija con respecto a un caso que les hubiere sido asignado, a menos que estimen que tales instrucciones son manifiestamente arbitrarias o que atentan contra la ley o la ética profesional. De concurrir alguna de estas circunstancias, podrán representar las instrucciones.

La objeción deberá ser presentada por escrito al Fiscal Regional dentro de las 24 horas siguientes a la recepción de la instrucción particular de que se trate. El Fiscal Regional la resolverá también por escrito. Si acoge la objeción, el fiscal adjunto continuará desempeñando sus tareas según corresponda, de conformidad a las normas generales. En caso contrario, el fiscal adjunto deberá cumplir la instrucción. Cuando el Fiscal Regional rechace una objeción formulada por un fiscal adjunto y le ordene dar cumplimiento a la instrucción original, se entenderá que asume plena responsabilidad por la misma”.

17 Para MONTES (1998, p. 144), autonomía implica: (i) inexistencia de un superior jerárquico; (ii) ausencia de influencias foráneas en la adopción de las decisiones institucionales; (iii) existencia de una potestad reglamentaria; y 4) ejecución presupuestaria libre.

La relevancia de este tema quedó plasmada en el Mensaje del Proyecto de Reforma Constitucional, en el que se declaró abiertamente que uno de los problemas que generaba debate era la ubicación de este nuevo organismo en el sistema público¹⁸. En el mismo documento, a continuación, se consignó que la revisión de los sistemas comparados daba cuenta de tres modelos: una primera posibilidad era concebir un Ministerio Público que formara parte del Poder Ejecutivo. Ejemplos de esta alternativa se observan en Alemania, España y algunos países latinoamericanos. Los inconvenientes de este sistema derivan de las dificultades que puede conllevar para la persecución de los delitos funcionarios. En segundo lugar, se encontraba la posibilidad de ubicar al Ministerio Público dentro de la estructura orgánica del Poder Judicial, como ocurre en los sistemas mixtos o inquisitivos reformados. En este último caso, la investigación criminal habría quedado radicada en jueces instructores. Al respecto se manifestó que este modelo no cumplía con las características de un sistema acusatorio, pudiendo afectarse los principios de contradicción e imparcialidad que debían imperar en el procedimiento penal que pretendía instalarse en Chile. Por último, se discutió la existencia de un Ministerio Público dependiente del Poder Legislativo, lo que se vincula a la cultura ligada a los países nórdicos, lo que no es semejante a la nuestra¹⁹.

En el caso nacional, como se mencionó, se optó por una autonomía de rango constitucional y funcional, al ser concebido como una institución que no forma parte de los tres poderes del Estado. La autonomía funcional es consecuencia del ejercicio independiente de sus atribuciones. Adicionalmente, como se aprecia del texto constitucional y en la LOCMP, junto con la autonomía se plasmaron mecanismos para contrapesarla. Esta regulación no es casualidad, por el contrario, fue prevista y querida por el legislador constitucional, quien con ello procuraba que se garantizara una mejor investigación y ejercicio de la acción penal.

18 Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Reforma Constitucional que crea el Ministerio Público, en Mensaje en Sesión 9, Legislatura 334, de fecha 15 de noviembre de 1996. MATORANA y MONTERO (2010) pp. 186 y ss.

19 Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Reforma Constitucional que crea el Ministerio Público, en Mensaje en Sesión 9, Legislatura 334, de fecha 15 de noviembre de 1996.

La doctrina nacional identifica los siguientes mecanismos de control en relación con la autonomía del Ministerio Público²⁰:

Control político:

- (i) Sistema de nombramiento del Fiscal Nacional, que se encuentra regulado en el artículo 85 de la CPR y 15 de la LOCMP. En este proceso participan los tres poderes del Estado. En primer término, interviene la Corte Suprema como responsable de llamar a concurso para elaborar una quina con los candidatos seleccionados. Para elaborar dicha quina los postulantes que se presentaron al concurso y que cumplan con los requisitos, deben concurrir a una audiencia pública en la que presentarán los antecedentes aportados por cada uno de ellos. En la misma audiencia cada Ministro elige tres nombres, resultando seleccionadas las cinco primeras mayorías. Posteriormente la quina es remitida al Presidente de la República, quien debe proponer un nombre al Senado, que puede aprobarlo con un quórum de dos tercios de sus miembros en ejercicio o puede rechazar dicha propuesta. En este último caso, la Corte Suprema debe completar la quina con un nuevo candidato o convocando a un nuevo concurso.
- (ii) Aprobación del presupuesto del MP, el que debe ser incluido dentro de la Ley de Presupuesto del Sector Público. Art. 90 LOCMP.
- (iii) Deber de rendición cuenta anual de las actividades del Ministerio Público. Este deber le corresponde al Fiscal Nacional y a los fiscales regionales. Esta materia se encuentra regulada en los artículos 21 y 36 respectivamente de la LOCMP. Esta materia, además, se vincula con el artículo 91 sobre Plan Anual Institucional.
- (iv) Proceso de remoción del Fiscal Nacional y los fiscales regionales. De acuerdo al artículo 89 de la Constitución y 53 de la LOCMP ambas autoridades pueden ser removidas de sus cargos por el pleno de la Corte Suprema, a requerimiento del Presidente de la República, de la Cámara de Diputados o de diez de sus miembros. Además, en el caso de los fiscales regionales, puede solicitarlo el

20 En MATURANA y MONTERO (2010) pp. 185 y ss.; NAVARRO (2018) pp. 114 y ss.; HORVITZ y LÓPEZ (2002) Tomo I, pp. 132 y ss.; CHAHUÁN (2007) pp. 65 y ss.

Fiscal Nacional en sesión especialmente convocada al efecto y con el voto de al menos 4/7 de sus miembros en ejercicio. Las causales para ser removidos son: incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones.

Control procesal:

- (i) El primer control deriva del monopolio preferente (no exclusivo) del ejercicio de la acción penal pública por parte del Ministerio Público, como lo consigna el artículo 83 de la Constitución y los artículos 6º, 53, 111 y 258 del Código Procesal Penal, que contemplan la posibilidad de su ejercicio por la víctima o incluso por parte de otras personas²¹.
- (ii) El control procesal que se encuentra a cargo del juez de garantía, especialmente respecto de las actuaciones o diligencias del Ministerio Público que de cualquier modo importen una afectación de derechos fundamentales.
- (iii) En el mismo orden de ideas la doctrina considera que la intervención del juez de garantía respecto de ciertas decisiones del fiscal, tales como, el ejercicio de la facultad de no iniciar la investigación, aplicación del principio de oportunidad, posibilidad ejercer el control judicial antes de la formalización, suspensión condicional del procedimiento, entre otros, pueden ser catalogados como mecanismos de control.

Control derivado de su responsabilidad administrativa, penal, disciplinaria:

Todos los fiscales se encuentran afectos a responsabilidades civiles, disciplinarias y penales por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones. La responsabilidad disciplinaria se encuentra regulada en los artículos 48 a 53 de la LOCMP; la penal en el artículo 46 de la LOCMP y la civil en el artículo 45 de la misma Ley.

En el caso de la responsabilidad penal, esta se origina en la comisión de delitos en el ejercicio de sus funciones. La forma de hacer

21 La acción penal de la víctima ha resultado todavía más fortalecida en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional. Véase nota al pie N° 4.

efectiva dicha responsabilidad se encuentra regulada en el artículo 46 de la LOCMP que establece quién es el encargado de dirigir las actuaciones del procedimiento destinado a perseguir este tipo de responsabilidad. Así, tratándose del Fiscal Nacional, le corresponde al fiscal regional que se designe mediante sorteo en sesión del Consejo General especialmente convocado para ese efecto. En el caso de un fiscal regional, será otro fiscal regional designado por el Fiscal Nacional, oyendo previamente al Consejo. Finalmente, en el caso de un fiscal adjunto, el Fiscal Nacional designará a un fiscal regional.

Ahora bien, pese el establecimiento de controles y de responsabilidad por parte del Ministerio Público, se mantienen las críticas a su autonomía constitucional. Los cuestionamientos se han dirigido principalmente a las autoridades superiores del Ministerio Público porque han expresado de manera tajante su rechazo a la intervención de otras autoridades; también debido a algunas de las decisiones adoptadas en torno al ejercicio de la acción penal, tanto en relación con el empleo de ciertas salidas alternativas o tempranas, como también a consecuencia de las penas solicitadas. Adicionalmente, se cuestiona que producto de la defensa de su autonomía, el Ministerio Público no ha sido lo suficientemente proactivo en la generación de coordinaciones institucionales, sea con el Ejecutivo, las policías o con otros organismos con los que se relaciona²².

Sobre las críticas concretas esbozadas en el párrafo precedente, el problema puede ser caracterizado desde lo que en doctrina se ha denominado “la ubicación institucional del Ministerio Público”. Al respecto, Duce, acertadamente ha señalado que dotarlo de autonomía es una decisión que en parte se basa en la desconfianza que existe hacia el Poder Judicial y los riesgos de politización de la persecución penal, pero el problema no deriva de esto, sino que más bien de la necesidad de delimitar qué implica dicha autonomía constitucional²³. Esta opinión se comparte, máxime cuando es posible observar que los problemas de la autonomía han derivado del ejercicio de la función investigadora y de la acción penal, pero no en relación con el modelo teórico de independencia frente

22 DUCE (2001) pp. 8 y ss.

23 Expresión utilizada en DUCE (2001) p. 8.

a los demás poderes del Estado, el que permite, entre otras cosas, la adecuada persecución de los delitos cometidos por funcionarios públicos sin quedar sujeto a la eventual influencia de la autoridad de turno.

En suma, conservar la autonomía del Ministerio Público resulta acertado toda vez que las razones que llevaron a su definición institucional se mantienen vigentes, pero al mismo tiempo, resulta bastante evidente que los controles establecidos no han sido suficientes para generar un contrapeso o control efectivo en relación con la mencionada autonomía.

Así las cosas, en el siguiente apartado, se formulan algunas propuestas cuya finalidad es reforzar los mencionados controles y morigerar los problemas explicitados en este trabajo.

3. Propuestas

Si bien se adhiere al postulado de conservar la autonomía constitucional del Ministerio Público, se reconoce que esta ha conllevado dificultades, tales como, cierto ostracismo por parte de dicha institución, ausencia de coordinación institucional, excesivo poder en torno al destino de los casos criminales, falta de alternancia de algunas autoridades superiores de la institución, tendencia a la autogeneración de sus autoridades, entre otras. Una de las críticas que merece especial atención es lo relativo al proceso de designación del Fiscal Nacional²⁴. Sobre el punto, si bien se comparte que en el sistema de nombramiento intervengan los tres poderes del Estado, existen otros aspectos de este proceso que podrían ser corregidos. También algunas cuestiones relativas a su responsabilidad podrían ser mejoradas.

Los planteamientos que se consignan a continuación se dirigen principalmente a fomentar el perfeccionamiento de los sistemas de control y, con ello, compatibilizar de manera adecuada el desempeño de la función pública con la autonomía constitucional. Las propuestas son las siguientes:

24 Estamos de acuerdo que la duración del cargo de Fiscal Nacional exceda el periodo presidencial, porque permite consolidar una política de persecución penal que trascienda a los gobiernos de turno.

- (i) Que la Constitución establezca mayores requisitos para ser nombrado en los cargos de Fiscal Nacional y fiscal Regional. Concretamente nos referimos a los requisitos de comprobada y destacada experiencia profesional o académica, especialmente para el cargo de Fiscal Nacional²⁵. Sobre el punto proponemos que tales requisitos se igualen a las exigencias que se formulan para los candidatos externos que postulan para ser nombrados ministros de la Corte Suprema.

También podría evaluarse elevar, en el caso del Fiscal Nacional, de diez a quince los años de experiencia profesional que se contemplan como requisito para su designación, pero por sobre todo, que demuestre que ha tenido una destacada y comprobada trayectoria en el ámbito penal y/o procesal penal. En el caso de los fiscales regionales sugerimos incrementar las exigencias curriculares y aumentar a 10 años la experiencia como abogado especialista en el área penal y/o procesal penal. Por último, tratándose de los fiscales adjuntos sería recomendable que se les exigiera experiencia profesional de al menos cinco años en las mismas áreas temáticas antes referidas.

- (ii) El establecimiento de políticas que promuevan la igualdad de género en la designación de fiscales regionales y fiscales jefes, de modo tal que en las jefaturas se refleje la proporción de mujeres que existe en la institución como fiscales adjuntos²⁶.
- (iii) En relación con los fiscales regionales²⁷ nos parece necesario establecer expresamente la prohibición de postular a otra fiscalía regional en la misma calidad, sea durante la vigencia de su período o inmediatamente después de su término. Esta situación se ha producido

25 Actualmente los requisitos son que el Fiscal Nacional deberá tener a lo menos diez años de título de abogado, haber cumplido cuarenta años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio.

26 En la actualidad existen 507 fiscales adjuntos hombres y 255 mujeres, de haber proporcionalidad, dos tercios de los fiscales regionales y fiscales jefes deberían ser mujeres, lo que no ocurre en la actualidad, en que existen cuatro fiscales regionales mujeres de un total de 19.

27 Los fiscales regionales deberán tener a lo menos cinco años de título de abogado, haber cumplido 30 años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio.

en reiteradas oportunidades, pese a que el artículo 86 de la CPR señala que “(...) durarán ocho años en el ejercicio de sus funciones y no podrán ser designados como fiscales regionales por el período siguiente, lo que no obsta a que puedan ser nombrados en otro cargo del Ministerio Público”. Esta crítica la formulamos porque en la práctica se ha dado lugar a una suerte de rotación interna de los fiscales regionales²⁸, los que no terminan sus períodos iniciales o postulan a otras fiscalías regionales inmediatamente después de haber terminado su período. La renovación de los fiscales regionales es necesaria, máxime si su período de duración es de ocho años.

Evitar la permanente rotación de los fiscales regionales permite, por una parte, asegurar que completen sus períodos en aras de una mejor organización de la política criminal regional y, por otra, al impedir la postulación inmediata a otra fiscalía regional, lo que asegura una mayor movilidad dentro de la institución, permitiendo un mayor desarrollo de la carrera funcionaria.

- (iv) Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, y penal de los fiscales en general, consideramos que, por tratarse de un órgano autónomo que queda sujeto a la Constitución y a la ley, deberían evaluarse otras formas de control.

En este sentido, la procedencia de la acusación constitucional en contra del Fiscal Nacional es una alternativa que puede analizarse. Este es un tema que debe ser estudiado detenidamente porque supone someter a un control político o *impeachment* a la máxima autoridad del Ministerio Público²⁹. Dicha complejidad deriva de la circunstancia que el órgano persecutor investiga los delitos cometidos por funcionarios públicos, de modo que la acusación constitucional podría ser empleada como una herramienta para evitar la persecución penal. Lo expresado es sin perjuicio que, además, se debe tener presente que los diputados o la Cámara ya

28 Durarán ocho años en el ejercicio de sus funciones y no podrán ser designados como fiscales regionales por el período siguiente, lo que no obsta a que puedan ser nombrados en otro cargo del Ministerio Público.

29 Si bien, en la actualidad, la acusación constitucional tiene una naturaleza mixta (jurídica y política), aunque en los hechos ha devenido, en el último tiempo, en un control netamente político, la alternativa de una posible acusación constitucional resulta especialmente compleja en la vertiente política de la institución.

tienen participación activa en el proceso de remoción de los fiscales nacionales y regionales.

Una opción más conservadora consiste en agregar como nueva causal dentro del proceso de remoción del Fiscal Nacional la de notable abandono de deberes, la que se sumaría a las tres actuales correspondientes a: incapacidad, mal comportamiento y negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones.

- (v) Otro control supone revisar la posibilidad de consignar que el ejercicio de la acción penal por parte de la víctima no quede supe-
ditada a la formalización de la investigación. Máxime si, tal como ya se ha señalado, la jurisprudencia de los últimos dos años del Tribunal Constitucional ha sido proclive a admitir el forzamiento de la acusación sin la existencia de una formalización previa³⁰. Considerando que esta doctrina jurisprudencial puede experimentar modificaciones es necesario un pronunciamiento expreso en esta materia.

II. Derechos Fundamentales en el Sistema Procesal Penal³¹

1. Diagnóstico y justificación

Los derechos fundamentales son esenciales para el proceso penal de un Estado Democrático de Derecho. Por esta razón su reconocimiento expreso en la Constitución Política de la República resulta imprescindible, al igual que las garantías como mecanismos que permiten la vigencia efectiva de un derecho o el restablecimiento de su vigencia cuando ha sido conculcado.

30 Véase nota al pie N° 4.

31 En este documento no se hará referencia a los principios penales de carácter sustantivo, tales como, el principio de legalidad en todas sus manifestaciones (ley previa, escrita y estricta) que se encuentra recogido en nuestra Carta Fundamental y que debiera mantenerse; el principio culpabilidad que no está expresamente reconocido y respecto del cual existe consenso transversal en la doctrina penal que debiese regularse en la Constitución Política.

En relación con los fines de la pena sería aconsejable que la Constitución se pronuncie expresamente a favor de una concepción mixta que incluya finalidades de resocialización del condenado, así como que se reconozca, literalmente, el principio de proporcionalidad y humanidad de las penas.

La titularidad de los derechos fundamentales lo es para el imputado y también para otros intervinientes, como la víctima. En cuanto al Ministerio Público, si bien puede resultar discutible la titularidad del derecho al debido proceso, cuestión con lo que estamos de acuerdo, ello fue más controvertido en la jurisprudencia de nuestra Excma. Corte Suprema hasta el año 2012³², sin embargo, a partir de ese año, más bien, tiende a uniformarse en el sentido de no reconocerle esa titularidad³³.

La importancia de los derechos fundamentales en el proceso penal deriva de la tensión permanente que existe entre la persecución penal del Estado y los derechos esenciales de los imputados y de terceros. En un sistema garantista, el Estado no puede alcanzar la verdad procesal a cualquier costo, debiendo respetar estas prerrogativas mínimas. Expresión de esta máxima, por ejemplo, es la exclusión de la prueba obtenida con vulneración de los derechos esenciales fundamentales.

Pese a la trascendencia de estos derechos, nuestra Constitución no contempla un catálogo de los mismos ni una definición precisa que permita conocerlos y delimitar su contorno, a diferencia de lo que ocurre en diversas normativas internacionales suscritas por nuestro país³⁴.

El texto constitucional vigente hace referencia al debido proceso en el artículo 19 N° 3, inciso sexto disponiendo que: “[c]orresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”. Como se observa en la disposición transcrita, a diferencia de otros sistemas extranjeros, lo regulado no proporciona una definición de debido proceso, entregando al legislador la tarea de delimitar su contenido, es decir, abandona a una instancia legislativa inferior una materia trascendental para los ciudadanos y especialmente para los justiciables. Hasta ahora, ello se ha salvado parcialmente gracias a que los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que hubiesen sido ratificados por Chile, forman parte de nuestro derecho interno conforme lo establece el artículo 5° de la CPR, lo que

32 Algunos fallos anteriores a esa fecha que se pronunciaron a favor de esta titularidad, entre otros, son las SCS Rol N° 380-2009, Rol N° 3873-2011 y Rol N° 5922-2012.

33 En este sentido, entre otros, SCS Rol N° 6831-2012, Rol N° 2600-04, Rol N° 5869-04 y Rol N° 6831-2012.

34 Entre otros, Pactos Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos y Convención sobre los Derechos del Niño.

ha permitido dotar de mayor precisión el contenido del debido proceso en materia penal.

Lo descrito en el párrafo precedente fue buscado por el constituyente de 1980, lo que aparece de manifiesto al revisar lo señalado por la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (CENC) que derechamente tomó esta opción, tal y como se puede apreciar en la siguiente transcripción: “si se pone la expresión debido proceso podría interpretarse que lo que es debido es lo que está en la ley, y lo que se debe hacer es lo que ha dicho la ley”³⁵. En el mismo orden de ideas: “[e]ntonces resulta que es un poco restringido y puede interpretarse asimismo de forma limitada”, además de que “obligaría al intérprete, a la jurisprudencia, a los tratadistas y a los abogados, a un estudio exhaustivo de los antecedentes, especialmente como ha señalado el profesor Bernal, de la doctrina y la jurisprudencia anglosajona”³⁶. Asimismo: “[e]l señor Ortúzar (Presidente) manifiesta que encuentra muy interesantes las observaciones que ha formulado el señor Guzmán y que acoge el señor Evans y, posiblemente, la unanimidad de la Comisión y el propio profesor Bernal, porque la verdad es que cuando escuchaba, encontrando extraordinariamente interesante su exposición, pensaba lo difícil que sería para la Comisión consignar detalladamente todas estas garantías mínimas de carácter procesal en la Constitución Política del Estado”³⁷.

Pese a la falta de un concepto expreso de debido proceso en la Constitución, la doctrina ha propuesto algunas definiciones. Entre otros, el profesor Gonzalo García Pino ha señalado que “se puede definir el derecho al debido proceso como aquel que, franqueado el acceso a la jurisdicción, permite que el proceso se desarrolle con todas las garantías esenciales, racionales y justas que contribuyan a un procedimiento equitativo y no arbitrario”³⁸.

A pesar de la falta de definición del debido proceso en el texto constitucional, el mencionado artículo 19 N° 3 de la Constitución hace referencia a otros derechos procesales, tales como, el derecho a defensa (material y formal), derecho al juez natural y prohibición de juzgamiento por comisiones

35 Actas oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 101ª, p. 516

36 CEA (2019).

37 Actas oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 101ª, p. 517.

38 GARCÍA y CONTRERAS (2013).

especiales y la presunción de inocencia. A su turno, el mismo artículo en su numeral 7, letra f) plasma el derecho a la no autoincriminación. No obstante, lo último mencionado, la referencia que efectúa nuestra Constitución sigue siendo muy escueta, máxime si se tiene a la lista la descripción exhaustiva de derechos contenida en tratados internacionales como el PIDCP³⁹,

39 Artículo 14:

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

la CADH⁴⁰ y la CDN⁴¹.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

40 Artículo 8. Garantías Judiciales:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

41 Artículos 37 y 40 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

La falta de determinación de la institución del debido proceso en Chile a nivel constitucional acarrea problemas de interpretación acerca de su significado y de los derechos que involucra. Esto se traduce en diferentes concepciones doctrinarias y jurisprudenciales, lo que, sin duda, afecta la certeza jurídica en una materia de la mayor importancia y, trae como consecuencia, el tratamiento desigual de los justiciables en nuestro país. El problema subyacente es que el individuo queda en una situación de incertidumbre respecto de sus derechos frente al Estado.

2. Propuestas de Reforma Constitucional

Considerando el diagnóstico precedente y los problemas que ello conlleva proponemos las siguientes reformas:

- (i) Contemplar en forma expresa el significado de debido proceso. Se sugiere que sea tratado dentro de un numeral exclusivo.
- (ii) Contener un catálogo de los derechos esenciales para los intervinientes, especialmente el justiciable durante el proceso penal, comprendiendo el debido proceso en términos similares a los plasmados en las Convenciones Internacionales.

Dentro de dicho catálogo se propone que se incluyan **al menos** los siguientes derechos:

- Derecho al juez natural, independiente e imparcial
- Derecho a un juicio previo
- Derecho a la persecución penal única
- Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable
- Derecho a ser oído
- Derecho al juicio público
- Derecho al juicio con acusación
- Derecho al intérprete
- Derecho a la presunción de inocencia
- Derecho a la no autoincriminación
- Derecho a la defensa en su doble vertiente material y formal
- Derecho a la defensa gratuita según la condición económica de los imputados
- Derecho a la prueba
- Derecho al recurso

(iii) En relación con el ofendido por el delito, consagrar el derecho a la representación jurídica de conformidad a lo que disponga la ley que establezca la defensoría de las víctimas y el derecho al ejercicio de la acción penal.

En el caso de las víctimas menores de edad, la Constitución debería establecer que respecto a ellas exista un estatuto especial que considere sus especiales necesidades de protección.

(iv) Por último, respecto a los menores de edad imputados, la Constitución debería consagrar que a su favor exista un sistema procesal penal especializado, con las garantías del debido proceso reforzadas y que tenga especialmente en cuenta la necesidad de promover su readaptación social.

Bibliografía citada

- ARRIETA, Nicolás y MARCAZZOLO, Ximena (2020): “Apuntes sobre el Ministerio Público elaborados para la Cátedra de Derecho Procesal Penal impartida en la Pontificia Universidad Católica de Chile”. Última versión actualizada en agosto de 2020.
- CEA, José Luis (2019): *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II: Derechos, deberes y garantías*. (Santiago, Ediciones Universidad Católica, tercera edición).
- CHAHUÁN SARRAS, Sabas (2007): *Manual del Nuevo Procedimiento Penal* (Santiago, Editorial LexisNexis).
- DUCE, Mauricio (2001): “¿Qué significa un Ministerio Público autónomo?: problemas y perspectivas en el caso chileno, *Apuntes de Derecho. Reforma Procesal Penal*, N° 9: pp. 8-11.
- GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2013): “El derecho a la tutela judicial y el Debido Proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno”, *Estudios constitucionales*, vol.11, N° 2: pp. 229-282.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián (2002): *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)
- MONTES, Andrés (1998): “Algunas Consideraciones sobre la Reforma Constitucional que Crea el Ministerio Público. Primer Congreso Nacional sobre la reforma del proceso penal”, *Cuaderno de Análisis Jurídico. Escuela de Derecho Universidad Diego Portales*, N° 39: pp. 135-154.
- MATURANA y MONTERO (2010): *Derecho Procesal Penal*, Tomo I (Santiago, Editorial Abeledo Perrot, Legal Publishing).
- NAVARRO DOLMETCH, Roberto (2018): *Derecho Procesal Penal Chileno* (Santiago, Ediciones Jurídicas).

PROPUESTAS PARA LA REFORMA CONSTITUCIONAL AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DESDE EL PUNTO DE VISTA ORGÁNICO

MARISOL PEÑA TORRES¹

I. Diagnóstico

El Tribunal Constitucional fue instituido en Chile por la Reforma Constitucional de la Ley 17.284 de 1970, con una composición de cinco ministros que durarían 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 (art. 78 a) de la Constitución de 1925).

Los ministros designados por la Corte Suprema eran elegidos en una sola votación secreta y unipersonal por el pleno resultando proclamados los que obtuvieran las más altas mayorías. En caso de producirse empate se dirimía por sorteo en la forma que la Corte determinase.

En el caso de los ministros elegidos por el Presidente con acuerdo del Senado, debía tratarse de abogados con un mínimo de doce años de ejercicio de la profesión y que no tuvieran las inhabilidades aplicables a los jueces. Se agregaba el requisito de que uno de ellos debería haber sido, durante diez años, titular de una cátedra universitaria de Derecho Constitucional o Administrativo en alguna de las Escuelas de Derecho del país. Sus cargos no eran incompatibles con los de ministro, fiscal o abogado integrante de los tribunales superiores de justicia.

1 Abogada. Licenciada en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile y Magíster en Estudios Internacionales por la Universidad de Chile. Profesora titular del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección electrónica: mpenat@uc.cl

En la historia de la Reforma Constitucional de la Ley 17.284 se dejó constancia que la creación del Tribunal Constitucional venía a llenar un vacío jurídico relacionado con la necesidad de que las leyes se ajustaran a las previsiones de la Carta Fundamental, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal², pese a que el sistema institucional contaba ya con un órgano encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes en forma posterior a su vigencia (Corte Suprema)³.

La atribución más importante que se confió al Tribunal Constitucional fue el control preventivo de constitucionalidad de los proyectos de ley y de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso. A ello se añadió el control de constitucionalidad de los decretos supremos que convocaran a un plebiscito.

Es importante consignar que el debate parlamentario que dio origen a la reforma del año 1970 incluyó expresamente la idea de que el Tribunal Constitucional debía ser un órgano no político y cuyas decisiones se ajustaran a derecho, con la sola excepción de los pronunciamientos sobre inhabilidades de ministros de Estado, en que procedería como jurado respecto a la apreciación de los hechos.

Finalmente, la Ley 17.284 no encomendó a la ley la regulación de la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, sino que a los autos acordados que él mismo dictase para evitar dilaciones en su entrada en funcionamiento.

El Tribunal Constitucional así creado empezó a funcionar el 10 de septiembre del año 1971 y lo hizo hasta noviembre de 1973 dictando un total de 17 sentencias, la mayoría de las cuales tendían a dirimir conflictos entre el Presidente de la República y las Cámaras del Congreso Nacional respecto de diversos proyectos de ley.

En la Constitución de 1980, se incluyó el Tribunal Constitucional, en su Capítulo VII, esta vez integrado por siete ministros: (i) tres ministros designados por la Corte Suprema de entre sus miembros, en vota-

2 Durante la vigencia de la Carta de 1925 y conociendo de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales, la Corte Suprema se había negado sistemáticamente a pronunciarse sobre temas de inconstitucionalidad de forma.

3 Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 17.284, p. 341. Disponible en: www.leychile.cl.

ciones sucesivas y secretas; (ii) un abogado designado por el Presidente de la República; (iii) dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional por la mayoría de sus miembros en ejercicio con derecho a voto; y (iv) un abogado elegido por el Senado por mayoría absoluta de los senadores en ejercicio. Todos los ministros durarían ocho años en sus cargos, serían inamovibles y se renovarían por parcialidades cada cuatro años.

Se elevó la exigencia de 12 a 15 años de título para poder acceder al cargo de ministro y se añadió la exigencia de “haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública”. Además, en el caso de los abogados designados por el Presidente de la República y por el Senado se requerían personas que fueran o hubiesen sido abogados integrantes de la Corte Suprema por tres años consecutivos a lo menos.

A diferencia de la normativa aplicable al primer Tribunal Constitucional se estableció que una ley orgánica constitucional debería regular lo relativo a la planta, remuneraciones y estatuto del personal del mismo, así como a su organización y funcionamiento.

Por Reforma Constitucional de la Ley 20.050, de agosto de 2005, se introducen sustanciales modificaciones al estatuto orgánico y a las competencias del Tribunal Constitucional. Entre estas últimas destaca el traspaso del conocimiento y resolución de las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional (art. 93 N° 6 de la Constitución), así como la introducción de la nueva facultad de declarar la inconstitucionalidad de preceptos legales declarados previamente inaplicables, con el efecto de expulsar el precepto reprochado del ordenamiento jurídico vigente (art. 93 N° 7 de la Constitución). A lo anterior se agrega el establecimiento de la acción de inconstitucionalidad de autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones (art. 93 N° 2 de la Constitución).

En lo que se refiere a la integración del Tribunal, objeto de amplio debate, en el que, incluso, participaron ministros en ejercicio del mismo, se concordó en elevar el número de miembros de siete a diez, de la siguiente forma: (i) tres designados por el Presidente de la República; (ii) cuatro elegidos por el Congreso Nacional: dos directamente por el Senado y los otros dos también por el Senado a propuesta de la Cámara de Diputados exigiéndose, en cada caso, el voto conforme de los 2/3 de

los senadores y diputados en ejercicio; y (iii) tres elegidos por la Corte Suprema en votación secreta que se celebrará en sesión especialmente convocada al efecto.

Como puede observarse, la Reforma Constitucional del año 2005 suprimió la posibilidad de que tres jueces (ministros de la Corte Suprema) integraran el Tribunal Constitucional⁴, reemplazándolos por tres abogados elegidos por la Corte Suprema que reunieran los requisitos generales para acceder a este cargo.

La duración del período de los ministros del Tribunal Constitucional se fijó en nueve años sin que pudieran ser reelegidos y con carácter inamovible. El cese en el cargo se produciría, en todo caso, al cumplir los 75 años de edad. Por su parte, se mantuvieron los requisitos originales fijados por la Constitución de 1980 para acceder al cargo de ministro y la delegación a una ley orgánica constitucional para efectos de su organización y funcionamiento, procedimientos, fijación de su planta de personal, régimen de remuneraciones y estatuto del mismo. Se añadió que el Tribunal funcionaría en pleno o dividido en dos salas indicando las materias que, necesariamente, debían examinarse por el pleno.

El mayor problema que ha generado la existencia de un número par de ministros del Tribunal Constitucional en Chile (10) es la facultad que se asigna al Presidente —no por la Constitución, sino por la ley orgánica constitucional que lo rige— de dirimir los empates en todos aquellos asuntos que no tengan asignado un quórum específico para la dictación de una sentencia estimatoria (art. 8° letra g) de la Ley 17.997). Esta circunstancia ha generado sentencias favorables al Poder Ejecutivo, especialmente en el control preventivo obligatorio de proyectos de ley generados en mensaje presidencial, particularmente si el Presidente del Tribunal es un ministro designado por el Presidente de la República. Fuera de la circunstancia objetiva de la falta de independencia que ese

4 La disposición decimocuarta transitoria, incorporada por la Reforma Constitucional del año 2005, dispuso que: “Los actuales ministros de la Corte Suprema que lo sean a su vez del Tribunal Constitucional, quedarán suspendidos temporalmente en el ejercicio de sus cargos en dicha Corte, seis meses después de que se publique la presente reforma constitucional y sin afectar sus derechos funcionarios. Reasumirán esos cargos al término del período por el cual fueron nombrados en el Tribunal Constitucional o cuando cesen en este último por cualquier motivo”.

voto dirimente puede implicar debe advertirse que sitúa al Presidente del Tribunal en una posición de *primus inter pares* que no se aviene con el diseño constitucional ni legal.

Si se trata de evaluar el sistema de nombramiento de los ministros del Tribunal Constitucional que impera en la actualidad, lo primero que puede observarse es que su conformación ha seguido la tónica generalizada en el Derecho Comparado en el sentido de que órganos representativos, por haberse generado en el sufragio popular, intervienen en los nombramientos de sus miembros.

Así, por ejemplo, en el caso de la Corte Constitucional de Colombia, sus miembros son elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, sin posibilidad de reelección, de sendas ternas que le presentan el Presidente de la República, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia. La Constitución de 1991 señala que la Corte Constitucional debe tener un número impar de magistrados que fije la ley (9) y, en su designación, se atenderá al criterio de designación de magistrados pertenecientes a distintas especialidades del derecho.

En el caso de Alemania, el Tribunal Constitucional Federal está integrado por 16 magistrados que se dividen en dos Senados o salas de ocho miembros cada uno. Cuatro de los miembros de cada Senado son designados por un Comité del Bundestag, y los otros cuatro por el Bundesrat, por una mayoría de dos tercios. Su presidente y vicepresidente son elegidos, alternativamente, por el Bundestag y el Bundesrat. La Constitución de 1949 es muy escueta en cuanto a la regulación del Tribunal dejando a la ley el detalle de la misma en la que se consigna que tres jueces de cada Senado son elegidos de entre los jueces de los Tribunales Supremos de la Federación, lo que asegura la incorporación al tribunal de personas que tienen amplia experiencia en la administración de justicia. Cada juez dura 12 años en su cargo impidiéndose su reelección.

En el caso de Italia, la Corte Constitucional está compuesta de 15 jueces nombrados en porcentajes de un tercio por el Presidente de la República, otro tercio por el Parlamento en sesión común y el tercio restante por la Suprema Magistratura ordinaria y administrativa. Con el fin de asegurar la calificación de los jueces de la Corte Constitucional se establece que estos son electos entre los magistrados incluso jubilados de las jurisdicciones superiores ordinarias y administrativas, los profesores ordinarios de las universidades jurídicas y los abogados con más de 20

años de ejercicio de la profesión. A los 15 jueces señalados se suman otros 16 miembros —los llamados jueces *ad hoc*— extraídos de un elenco de ciudadanos que cumplan simplemente con los requisitos para ser elegido senador que el Parlamento compila cada nueve años mediante votación en sesión común, con las mismas modalidades establecidas para la elección de los jueces ordinarios. Los jueces duran nueve años en sus cargos, los que son incompatibles con cualquier otro cargo, función o actividad.

En España, el Tribunal Constitucional está conformado por 12 miembros nombrados por el Rey: cuatro a propuesta del Congreso por una mayoría de 3/5 de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado por idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. Duran nueve años en sus cargos y se renuevan por terceras partes cada tres años. Deben ser nombrados entre magistrados y fiscales, profesores universitarios, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida experiencia y con más de 15 años de ejercicio profesional.

Un caso muy anómalo es el del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, creado por la Constitución del año 2009, e integrado por magistrados elegidos por sufragio universal, con criterios de plurinacionalidad. Entre los requisitos de elegibilidad, se exige tener especialización o experiencia acreditada, de al menos ocho años, en las disciplinas de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo o Derechos Humanos.

Como puede observarse, a la luz del Derecho Comparado, resulta muy excepcional que sea el titular del Poder Ejecutivo quien nombre directamente los magistrados de la Corte Constitucional y sin la intervención de ningún otro órgano.

La explicación que puede encontrarse a la anotada injerencia de órganos netamente políticos en la designación de magistrados de los Tribunales Constitucionales es la necesidad de vencer la “objeción contramayoritaria” desarrollada, originalmente, por Alexander Bickel en la década de los años 60 del siglo pasado, cuando tilda el control constitucional de la obra del legislador como antidemocrático, pues frustra la voluntad de los representantes de las personas ejerciendo un control en contra de la mayoría prevaleciente. Ely agrega que los Tribunales o Cortes Constitucionales presentarían un déficit democrático de origen en la medida que “en una democracia representativa la determinación de

los valores —que suelen estar envueltos en las cuestiones constitucionales— es efectuada por los representantes que elegimos”⁵.

De esta manera, la cuestión de la pervivencia y justificación de la existencia de los Tribunales Constitucionales, como artífices de la democracia y del Estado de Derecho, se ha venido centrando, últimamente, en la justificación de sus decisiones. Este modelo encuentra sus raíces en autores como Dworkin, para quien el juez tiene la obligación de encontrar la única solución correcta a partir del derecho vigente, lo que debe ser debidamente justificado. Por otro lado, desde la teoría del derecho, autores como Atienza han centrado sus análisis en la motivación judicial en cuanto “poner las buenas razones en la forma adecuada para que puedan verse como el resultado de un diálogo racional y resulten persuasivas”⁶, incluso ante los casos difíciles enunciados por Dworkin.

Así, desde la teoría del derecho, “una justificación formal de la justicia constitucional es suficiente, si se funda, de un lado, en la naturaleza jurídica de la Constitución —que es norma jurídica directamente vinculante— y, de otro, en la naturaleza de la decisión judicial —que supone fundar adecuadamente la adjudicación que realiza en un caso concreto—”⁷.

En nuestro país, las designaciones de ministros del Tribunal Constitucional, por parte del Presidente de la República y de las Cámaras del Congreso Nacional, han estado rodeadas de una frecuente opacidad, lo que no coadyuva a la legitimidad de quienes pasan a desempeñarse como jueces constitucionales.

Desde luego, el Presidente de la República —independientemente de quien haya servido el cargo— ha solido designar a estrechos colaboradores de su gestión, lo que ha levantado fuertes dudas en torno a la independencia e imparcialidad con que ejercerán la función de ministro.

En el caso de aquellos ministros designados por el Senado, o por este a propuesta de la Cámara de Diputados, la práctica ha demostrado que los nombramientos dobles suelen estar “cuoteados”⁸, es decir, las facciones políticas mayoritarias del Congreso reivindican la designación

5 ELY (1980).

6 ATIENZA y VIGO (2011) p. 23.

7 ANDALUZ, Horacio (2008) p. 406.

8 BRIONES y otros (2019) p. 46.

de un candidato de su respectivo sector. Estos procedimientos también han sido escasamente transparentes, de modo que la opinión pública solo se forma un juicio sobre el mérito de los candidatos una vez que ya están designados.

Lo indicado anteriormente quedó en evidencia en la elección de los ministros Nelson Pozo y Cristián Letelier por parte del Senado, a inicios del año 2015. La radio Biobío informaba ese día, en su portal electrónico, que la sala de esa Corporación había aprobado la designación del exdiputado Cristián Letelier y del abogado Nelson Pozo para ser parte del Tribunal Constitucional, en reemplazo de los abogados Raúl Bertelsen y Hernán Vodanovic, respectivamente.

Por otro lado, el abogado constitucionalista Pablo Contreras indicaba en su blog, que los nombres de los dos nuevos ministros del Tribunal Constitucional “no se conocieron oficialmente sino hasta ese día, en que el Senado tomó la decisión por más de dos tercios de sus miembros”. Agregaba que “como no hubo debate previo, todo el escrutinio ciudadano fue ex post a la decisión”. De hecho, consultado el sitio web del Senado, solo se encuentra una breve referencia en la Legislatura Ordinaria 362°, sesión 78°, celebrada el 7 de enero de 2015, donde se lee textualmente que la Presidenta del Senado, señora Isabel Allende, expresó que: “[c]onforme a lo resuelto por los Comités, y en virtud de lo dispuesto por la Carta Fundamental propongo como integrantes del Tribunal Constitucional a los abogados señores Nelson Roberto Pozo Silva y Cristián Letelier Aguilar”. Puesto el asunto en votación se dejó constancia que se aprobaban las designaciones por 31 votos a favor y 1 en contra.

El problema que se ha evidenciado en Chile con los nombramientos efectuados por el Presidente de la República y por las Cámaras coincide con las dificultades que se han observado en otros países como Italia. Se ha dicho, en este sentido, que “las mayores dificultades (...) versan sobre la elección parlamentaria en razón de las mayorías calificadas requeridas por la ley para la elección por parte del Parlamento en sesión común (votación a escrutinio secreto, con mayoría de los dos tercios de los miembros en los primeros tres escrutinios y de los tres quintos en los escrutinios sucesivos). Dichas mayorías implican la necesidad de acuerdos políticos sobre los posibles candidatos entre los partidos que componen la mayoría del gobierno y los partidos de la oposición, desde el momento que ninguna coalición gubernativa ha podido con-

tar con el apoyo de mayorías parlamentarias así de amplias”. Se llegó a distribuir los cinco puestos de juez constitucional en base a los “pesos” parlamentarios: dos a la Democracia Cristiana; uno al Partido Comunista, uno al Partido Socialista y los tres restantes a los tres partidos de minorías de centro⁹.

II. Justificación de la propuesta

Los problemas que se han evidenciado en la integración y funcionamiento del Tribunal Constitucional han llevado a algunos sectores a propiciar su desaparición clamando porque sus atribuciones, especialmente, el ejercicio de acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, sea devuelta a la Corte Suprema¹⁰.

Por su parte, desde el ámbito político, quienes han criticado el actual funcionamiento del Tribunal Constitucional han centrado sus cuestionamientos en el ejercicio del control preventivo de constitucionalidad de las leyes sosteniendo que el Tribunal anula la expresión de voluntad de las mayorías parlamentarias. Estas críticas han sido asumidas por algunos académicos que han impulsado la eliminación de algunas de sus atribuciones como el control preventivo ya aludido¹¹. Asimismo, se han sugerido cambios en la composición del Tribunal Constitucional tendientes, sobre todo, a evitar que ella se base en un número par (diez miembros), situación que ha favorecido el voto dirimente del Presidente del mismo¹².

Esta propuesta se refiere solo a la composición y estructura general para el Tribunal Constitucional cuya mantención no debiese ser puesta

9 CELOTTO (2005) p. 25.

10 Ver columna de Tomás De Rementería en diario La Tercera de 8 de mayo de 2020.

11 La propuesta del Grupo de Estudio sobre Reforma al Tribunal Constitucional considera la eliminación tanto del control preventivo obligatorio como del control preventivo facultativo de preceptos legales, de reforma constitucional y de tratados sometidos a la aprobación del Congreso (BRIONES y otros, 2019, p. 9). Una idea similar puede observarse en las diversas propuestas constitucionales formuladas por el Centro de Estudios Públicos en el mes de junio de 2016.

12 Dentro del grupo de constitucionalistas convocados por el Centro de Estudios Públicos para elaborar Propuestas Constitucionales que se dieron a conocer en junio de 2016, el profesor Pablo Ruiz-Tagle proponía elevar a 21 el número de miembros del TC.

en duda por el rol fundamental que está llamado a jugar no solo en la defensa del principio de supremacía constitucional, sino que para la consolidación y perfeccionamiento de la democracia y del Estado de Derecho.

En relación al diagnóstico presentado en el capítulo que precede parece necesario buscar un sistema que, sin evitar la injerencia de órganos políticos en la designación de ministros del Tribunal Constitucional contribuya a reemplazar los actuales criterios de elección basados exclusivamente en miradas político-partidistas por otros que privilegien el mérito, la independencia y la idoneidad de los candidatos. En este sentido, conviene recordar que la Comisión de Venecia, asesora del Consejo de Europa, ha planteado que el mérito, en el caso de los jueces, incluye no solo el conocimiento jurídico, las capacidades analíticas o la excelencia académica. Tiene que ver también con el carácter, el juicio, la accesibilidad, las capacidades comunicativas, la eficiencia en el juzgamiento, etc.¹³.

Como lógica consecuencia de lo señalado, los ministros del Tribunal Constitucional no pueden quedar considerados entre aquellas autoridades que pueden ser acusadas constitucionalmente, pues ello llevaría a acentuar la dependencia de los jueces del órgano político por excelencia sin perjuicio de contravenir, absolutamente, el principio de que el órgano controlado no puede supervisar a su propio contralor.

Por otra parte, los inconvenientes del voto dirimente confiado al Presidente del Tribunal aconsejan una integración del Tribunal Constitucional con número impar. Por lo demás, al interior de las dos salas que existen hasta hoy también se han generado problemas de interpretación de la facultad dirimente de su Presidente en caso de que esta esté integrada por solo cuatro ministros, lo que también refuerza la necesidad de que estas funcionen siempre con un número impar de ministros.

Al mismo tiempo, el aumento de causas de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales desde el año 2006¹⁴ —en que entrara a regir la reforma que se la atribuyó al Tribunal Constitucio-

13 Ver VENICE COMMISSION (2010).

14 Según indica la Memoria 2006-2007 del Tribunal Constitucional, durante el primer año de conocimiento de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales, el total de acciones de esta naturaleza ingresadas a la Oficina de Partes fue de 206, mientras que, según las estadísticas del año 2020 publicadas en el sitio web del Tribunal, el total de requerimientos del mismo tipo ingresados fue de 1509.

nal— hasta la fecha, aconseja aumentar el número de salas de dos a tres integradas por tres ministros cada una, manteniendo sus competencias en materia de admisibilidad de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y de resolución de contiendas de competencia entre autoridades políticas y administrativas y los tribunales inferiores de justicia. La idea sería avanzar hacia la especialización de las salas por materias: (i) penal y tributaria; (ii) civil y comercial; y (iii) administrativa y laboral, dependiendo de la naturaleza de la gestión judicial pendiente. De esta forma, se reduce la discrecionalidad del Presidente en la distribución de las causas entre las salas y se la reserva solo para aquellos asuntos como las contiendas de competencia —que debieran ir a la sala con menor carga de trabajo— y para las acciones relacionadas con temas que no estén incluidos dentro de la competencia propia de cada sala.

Por lo demás, las profundas divisiones internas que acarrea para el Tribunal la elección por el pleno de su Presidente cada dos años, aconseja seguir la práctica existente en otras Magistraturas similares, como Colombia y Guatemala, en que la presidencia va rotando entre todos los ministros siguiendo un criterio objetivo como es el orden de antigüedad. Resultaría aconsejable que este criterio de elección del Presidente del Tribunal Constitucional estuviera consignado en la propia Constitución como ocurre en el artículo 271 de la Constitución de Guatemala de 1987.

Uno de los puntos más delicados en la designación de ministros del Tribunal Constitucional ha sido la exigencia constitucional de “haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública”, pues se trata de una causal muy abierta que no necesariamente lleva al Tribunal a los más capacitados para abordar los desafíos constitucionales que se le someten. Cabe tener en cuenta aquí que, por un lado, la Constitución contemporánea se presenta como un conjunto de normas más bien “abiertas” donde el rol del intérprete resulta fundamental, sobre todo a la hora de ir actualizando sus contenidos a las nuevas exigencias sociales. Por otra parte, la tarea de redactar sentencias no puede verse como un ejercicio académico, sino como uno que se esfuerce en utilizar un lenguaje sintético y comprensible para toda la ciudadanía. Ambos desafíos demandan condiciones particularmente exigentes de los jueces constitucionales siendo deseable incorporar la experiencia de personas que hayan ejercido previamente la judicatura como lo preveía el texto original de la Carta de 1880. En esto destaca el Tribunal Constitucional Federal de

Alemania en cuya integración se considera, precisamente, a quienes se encontraban desempeñando altas funciones en la judicatura ordinaria.

Adicionalmente, el examen del Derecho Comparado arroja que debe privilegiarse la integración de abogados que no solo tengan experiencia previa en la judicatura sino que, además, hayan desempeñado cátedras universitarias vinculadas al Derecho Constitucional, al Derecho Administrativo y al Derecho Internacional Público, lo que, de paso, tiende a favorecer el diálogo permanente entre la judicatura y la academia en pos del enriquecimiento de la jurisprudencia constitucional y de su adecuada difusión.

En lo que dice relación con la designación de los suplentes de ministro, el mecanismo respectivo está previsto actualmente en el artículo 18 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional y prevé que, cada tres años, el propio Tribunal debe convocar a un concurso público de antecedentes que deberá fundarse en condiciones objetivas, públicas transparentes y no discriminatorias debiendo elegir una septena que luego se remite al Presidente de la República para efectos del nombramiento respectivo, el que debe contar con el acuerdo del Senado.

En la práctica, la última designación de suplentes de ministro duró más de un año con el consiguiente impacto para el funcionamiento del Tribunal cuando no lograba reunirse el quórum necesario para sesionar y adoptar acuerdos. La razón de esta demora se debió a la falta de acuerdo político entre el Gobierno y el Senado para materializar los nombramientos respectivos.

De allí que resulte necesario relevar la importancia del nombramiento de los suplentes de ministro confiándola al propio Tribunal Constitucional.

En lo que se refiere a la duración del período de los ministros del Tribunal Constitucional, cabe recordar que el exministro Eugenio Valenzuela Somarriva solía enfatizar lo difícil que es formar a un juez constitucional. Ello aconseja que se mantengan por períodos relativamente largos, pero con el matiz de que se les fija un período de cinco años en el cargo pudiendo aspirar a ser reelectos, lo que permite una forma de *accountability* sobre su gestión.

Finalmente, y aunque es materia de la ley orgánica constitucional respectiva, el Tribunal debiera considerar una Unidad de Coordinación de Jurisprudencia liderada por los dos suplentes de ministros para evitar

la existencia de decisiones contradictorias o equívocas que, además de afectar la seguridad jurídica, revelan profundos cambios de criterio asociados al nombramiento de nuevos ministros.

III. Propuestas concretas de perfeccionamiento constitucional en la orgánica del Tribunal Constitucional

- (i) Mantener al Tribunal Constitucional regulado en la Carta Fundamental con una integración de **nueve** ministros titulares y dos suplentes de ministros¹⁵.

Esta propuesta permite evitar los empates que, hasta hoy, se resuelven a través del voto dirimente del Presidente del Tribunal y favorece una integración de las salas más uniforme y capaz de abordar el número creciente de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad favorecido, además, porque las salas estarían divididas por temas.

- (ii) Los ministros del Tribunal Constitucional durarán **cinco años** en sus cargos, serán inamovibles y **podrán ser reelectos por un nuevo período similar** por el mismo órgano que los designó. En todo caso, cesarán en el cargo al cumplir 75 años de edad.

Esta propuesta tiende a privilegiar la experiencia adquirida en el ejercicio de la función jurisdiccional, al tiempo que favorece la posibilidad de reelegir a los ministros abriendo una excelente oportunidad para evaluar su gestión premiando, si es del caso, su buen desempeño por la vía de dicha reelección.

Naturalmente, este sistema de reelección puede despertar la tentación de que los ministros se desempeñen en términos particularmente deferentes con el órgano que los designó, pero creemos que ello resulta matizado por: (i) la natural alternancia en el ejercicio de los cargos respectivos que hace difícil que coincidan exacta-

15 Esta propuesta ha tenido presente que, en la futura Constitución, es muy probable que las competencias del Tribunal Constitucional experimenten una reducción al eliminarse el control preventivo obligatorio de constitucionalidad de preceptos legales como lo ha sugerido una parte importante de la Academia. Ver, por ejemplo, el texto del Centro de Estudios Públicos, "Propuestas Constitucionales", del año 2016.

mente los primitivos integrantes con los que deben pronunciarse por la reelección; y (ii) el órgano que efectuó la primitiva designación cuenta con todos los elementos necesarios para efectuar un análisis objetivo acerca de si el ministro cumplió eficazmente su función jurisdiccional, para lo cual entre los principales criterios de reelección debiera estar la independencia y objetividad con que el juez constitucional ha desempeñado su labor.

- (iii) Modificar el sistema de nombramientos de los ministros del Tribunal Constitucional de la siguiente forma:
- Dos ministros designados por el **Presidente de la República** sobre la base de un concurso público de antecedentes que será convocado por el Ministerio de Justicia en conformidad a una plataforma web en que los antecedentes de los postulantes sean de público conocimiento al igual que las razones que han justificado cada nombramiento.
 - Dos ministros designados por el **Senado** por los 2/3 de sus miembros en ejercicio sobre la base de un concurso público de antecedentes convocado por la Secretaría de dicha Cámara de acuerdo con una plataforma web similar a la descrita precedentemente donde la audiencia en que los candidatos seleccionados expongan sea debidamente publicitada y difundida a la ciudadanía.
 - Dos ministros designados por la **Cámara de Diputados** por el mismo quórum y sobre la base de un concurso público de antecedentes que revista las mismas características de aquel convocado por el Senado.
 - Tres ministros designados por la **Corte Suprema** sobre la base de un concurso público de antecedentes y una audiencia pública y televisada en que se entreviste a los candidatos. **Dos de los ministros nombrados deben haber desempeñado funciones jurisdiccionales** como ministro de una Corte de Apelaciones o como abogado integrante de la Corte Suprema o de las Cortes de Apelaciones.

La propuesta mantiene el sistema actual de nombramientos de los ministros del Tribunal Constitucional por los principales poderes del Estado, lo que contribuye a dotarlos de legítimi-

dad democrática¹⁶, pero privilegia el nombramiento por méritos de aquellos candidatos que se midan en concurso público con sus oponentes. Al mismo tiempo, se dota al sistema de nombramientos de la necesaria transparencia de cara a la ciudadanía favoreciendo nombramientos institucionales más que político-contingentes, lo que, sin duda, tiende a favorecer la independencia de quienes resulten nombrados. Por su parte, se asegura que, dentro de los ministros que debe nombrar la Corte Suprema, se considere a personas (2) que hayan ejercido previamente labores jurisdiccionales, lo que fortalece la posición del Tribunal como un órgano jurisdiccional, aun cuando deba decidir asuntos que inciden en la vida política.

- (iv) Los suplentes de ministros **serán designados por el propio Tribunal Constitucional** luego de un concurso público de antecedentes entre quienes cumplan los requisitos para ser ministro titular. Durarán cinco años en sus funciones sin posibilidad de reelección. Los suplentes de ministro deberán integrarse al pleno cuando la materia a decidir sea la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal.

Esta propuesta se fundamenta en que la existencia de los suplentes de ministro es de particular interés para el propio Tribunal en la medida que ellos actúan en casos de falta de ministros titulares para alcanzar el quórum necesario para su funcionamiento, pero además concurrirán con los ministros titulares a la decisión de declarar la inconstitucionalidad de una ley que es la atribución más potente de que goza dicha Magistratura. Lo anterior, sin perjuicio de que tendrán la delicada función de liderar la tarea de coordinación de la jurisprudencia del propio Tribunal para evitar fallos contradictorios y favorecer la seguridad jurídica.

- (v) **El Tribunal funcionará en pleno y en tres salas especializadas**, integradas por tres ministros cada una, cuyas competencias serán la decisión de la admisibilidad de las acciones de inaplicabilidad

16 Si bien la Corte Suprema no es un órgano generado en base a la elección popular, su intervención en los nombramientos de ministros del Tribunal Constitucional se justifica, precisamente, por su naturaleza jurisdiccional, lo que asegura la elección de jueces constitucionales que puedan cumplir ese standard de competencias.

por inconstitucionalidad de preceptos legales y la resolución de todo tipo de contiendas de competencia.

La propuesta se funda, en este caso, en que, dado el crecimiento exponencial de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, se hace necesario dar mayor fluidez a la tramitación de los requerimientos sin descuidar su acabado análisis en los exámenes de entrada como son la admisión a trámite y la admisibilidad, que debieran tender a unificarse. Para esos efectos, la especialización por materias de las salas que conocen de estos trámites, fuera de seguir el modelo imperante en la Corte Suprema, parece altamente conveniente. De la misma forma, reduce la eventual discrecionalidad en que pueda incurrir el Presidente del Tribunal al asignar los asuntos que ingresan.

(vi) **La Presidencia del Tribunal será ejercida, rotativamente, por los ministros en estricto orden de antigüedad y por un período de un año.**

Esta propuesta se fundamenta en la necesidad de evitar las profundas divisiones internas que ha causado la elección del Presidente del Tribunal Constitucional, al punto que, en el año 2013 debió dividirse el ejercicio de la Presidencia entre dos ministros correspondiéndole a cada uno un período de un año. Al mismo tiempo, le da a todos los ministros la posibilidad de ejercer la Presidencia a partir de un criterio indiscutiblemente objetivo como es el orden de antigüedad. Se trata de un tema orgánico que debiera incluirse en la regulación constitucional del Tribunal por su importancia, tal y como lo hace la Constitución de Guatemala.

(vii) Los requisitos para ser elegido ministro del Tribunal Constitucional serán:

- 20 años de título de abogado
- Haber desempeñado funciones jurisdiccionales en la judicatura ordinaria o especial, como ministros de Corte de Apelaciones o como abogados integrantes de aquellas o de la Corte Suprema, o haber ejercido la cátedra universitaria en las disciplinas de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Procesal y Derecho Internacional Público.
- No tener inhabilidades para desempeñarse como juez.

No podrán ser candidatos a ministros del Tribunal Constitucional quienes hayan desempeñado cargos directivos de exclusiva confianza en el período presidencial durante el cual se realiza el nombramiento respectivo por el Presidente de la República. Esta propuesta se basa en la necesidad de asegurar que accedan al Tribunal Constitucional abogados con indiscutible experiencia en el ejercicio de la profesión más que personas que vean en el Tribunal un simple puente para acceder a mayores distinciones. Al mismo tiempo, asegura la incorporación de personas que hayan tenido experiencia previa en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, lo que ha producido excelentes resultados en países como Alemania, que es un referente en materia de jurisdicción constitucional concentrada. Paralelamente, se privilegia a candidatos que tengan acabado dominio de las disciplinas jurídicas que resultan más cercanas a la labor que desempeña una Corte Constitucional, lo que, sin duda, es un factor que acerca los nombramientos a los estándares de mérito que la Comisión de Venecia ha considerado necesarios para desempeñarse como juez. Por último, se evita la evidente falta de independencia que puede afectar a ministros nombrados por el Presidente de la República y que previamente se hayan desempeñado en algún cargo de exclusiva confianza del mismo, impidiendo que estas personas puedan ser candidatos.

Bibliografía citada

- ANDALUZ, Horacio (2008): “El control de la constitucionalidad desde la teoría del derecho”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 31: pp. 405-435.
- ATIENZA, Manuel y VIGO, Rodolfo (2011): *Argumentación constitucional. Teoría y Práctica* (México, Editorial Porrúa).
- BRIONES ROJAS, Ignacio; ANINAT SAHLI, Isabel; CANESSA ZAMORA, Martín; CORDERO VEGA, Luis; DE LA FUENTE GONZÁLEZ, Gloria; FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo; GAJARDO FALCÓN, Jaime; GARCÍA GARCÍA, José Francisco; GÓMEZ BERNALES, Gastón; GONZÁLEZ BAÑADOS, Natalia; HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam; NAVARRO BELTRÁN, Enrique; SOTO BARRIENTOS, Francisco; RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo; ZAPATA LARRAÍN, Patricio y ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2019): “Informe Final.

Grupo de Estudio de Reforma al Tribunal Constitucional. 25 propuestas para un Tribunal Constitucional del siglo XXI”.

CELOTTO, Alfonso (2005): *La Corte Constitucional de Italia* (México, Editorial Porrúa).

ELY, John Hart (1980): *Democracy and distrust* (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press).

VENICE COMMISSION: “Report on the Independence of the Judicial System. Part I: The Independence of Judges” (Strasbourg, 16 de marzo de 2010).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: PROPUESTAS PARA LA REGULACIÓN DEL CONTROL PREVENTIVO EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

ALEJANDRA OVALLE VALDÉS¹

I. Antecedentes y diagnóstico

Una de las expresiones del principio de supremacía constitucional es la subordinación de la ley a la Constitución. La potestad del legislador democrático se encuentra limitada por las normas constitucionales sobre competencia y procedimiento, así como por aquellas de naturaleza sustantiva.

A nivel comparado se han ensayado un sinnúmero de fórmulas tendientes a asegurar la existencia de una legislación ajustada a la Constitución. Los mecanismos difieren en cuanto al órgano encargado y su composición, el momento y condiciones de su ejercicio, así como en los efectos de sus decisiones². En este trabajo se abordará el control preventivo de constitucionalidad de la ley, es decir, aquel examen de constitucionalidad que efectúa el Tribunal Constitucional antes de que una norma legal sea promulgada y entre en vigencia.

1. Creación del Tribunal Constitucional chileno

El Tribunal Constitucional chileno fue instaurado a través de una reforma a la Constitución de 1925 aprobada en el año 1970³. En su creación

-
- 1 Abogada. Licenciada en Derecho y Magister en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora asociada del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección electrónica: aovalle@uc.cl
 - 2 Una síntesis de las distintas fórmulas empleadas en el mundo se puede encontrar en el número The Fundamentals of Constitutional Courts del Constitutional Brief elaborado por International IDEA.
 - 3 Ley 17.284, Modifica la Constitución Política del Estado.

influyeron, por una parte, sectores de la doctrina que venían planteando hace un tiempo los beneficios que traería contar con un órgano especializado e independiente a cargo del control de constitucionalidad de ley, teniendo como referente el modelo difundido en Europa continental⁴.

Por otra parte, se había ido generando un consenso en torno a la necesidad de establecer algún mecanismo que permitiera dirimir los conflictos suscitados entre los órganos políticos durante el proceso de formación de la ley. En el Mensaje del Presidente Frei Montalva —mediante el cual se inició la tramitación de la reforma constitucional— se expresa claramente este objetivo: “[u]na 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 (...) 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”⁵.

De esta forma, al Tribunal Constitucional se le encomendó, entre otras atribuciones, resolver conforme a derecho las cuestiones sobre constitucionalidad que se suscitaran durante la tramitación de los proyectos de ley⁶. El control preventivo no solo se concibió en sus orígenes como un mecanismo jurídico eficaz para asegurar que las leyes se conformaran a la Constitución, sino que también como un medio para canalizar institucionalmente y dar solución a los conflictos entre los órganos políticos referidos a la constitucionalidad de las normas legales en tramitación.

4 El texto original de la Constitución de 1925 había instituido el recurso de inaplicabilidad (art. 86 inc.2), el primer mecanismo jurídico de control de constitucionalidad de la ley en nuestra historia constitucional. Sin embargo, su aplicación había sido muy limitada como consecuencia de la jurisprudencia desarrollada por la misma Corte Suprema respecto a la naturaleza del control, su ámbito de competencia y el alcance de algunos de los requisitos exigidos para la interposición del recurso.

5 Historia de la Ley N° 17.284, Modifica la Constitución Política del Estado.

6 Artículo 78 B de la Constitución de 1925.

El primer Tribunal Constitucional funcionó entre 1971 y 1973⁷. Enrique Silva Cimma, quien fuera su Presidente durante dicho período, relata cómo en un contexto convulsionado y de profundas divisiones se volvió inevitable que los fallos del Tribunal Constitucional se emplearan en la lucha política que se libraba en el país. No obstante, sostiene que “el examen de la época y sus acontecimientos nos hace reafirmarnos, sin embargo, en la convicción de que en un Estado democrático se hace imprescindible contar con un órgano resolutor de conflictos constitucionales, a lo menos, si se quiere evitar que el embate de posiciones políticas radicalmente opuestas precipite un quiebre del Estado de Derecho”⁸. Así, destaca el rol que jugó el Tribunal Constitucional en la resolución de problemas de alta trascendencia política, la imparcialidad de sus fallos⁹ y el hecho de que sus decisiones hayan sido acatadas tanto por el Ejecutivo como por el Congreso Nacional.

2. Reinstauración del Tribunal Constitucional en la Constitución de 1980

La Constitución de 1980 mantuvo, con algunas modificaciones menores, la atribución del Tribunal Constitucional de resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se suscitaban durante la tramitación de los proyectos de ley. Adicionalmente, introdujo un control preventivo obligatorio de las leyes interpretativas de la Constitución y de las leyes orgánicas constitucionales¹⁰. Se trata de normas legales que requieren para su aprobación, modificación o derogación de un quórum supramayoritario¹¹, en atención a que determinan el sentido y alcance de preceptos

7 El Tribunal Constitucional fue disuelto mediante el DL 119 de 10 de noviembre de 1973.

8 SILVA (2008) p. 62.

9 Plantea que tal imparcialidad aparece demostrada con el hecho de que los fallos fueron en su gran mayoría adoptados por unanimidad o por cuatro votos favorables de un total de cinco. De entre las decisiones en las que hubo dispersión, solo en una de ellas se produjo un alineamiento entre los ministros designados por el Presidente con acuerdo del Senado por una parte y los ministros integrantes de la Corte Suprema por la otra (SILVA, 2008, p. 159).

10 Artículo 82 del texto original de la Constitución de 1980.

11 Las leyes interpretativas requieren de un quórum de los 3/5 de los parlamentarios en ejercicio y las leyes orgánicas constitucionales de 4/7 de los parlamentarios en ejercicio.

constitucionales, o bien, los complementan y desarrollan. Se consideró que estas leyes pasaban a ser parte integrante de la Carta Fundamental, por lo que se estableció un examen obligatorio de su constitucionalidad.

El Tribunal Constitucional del período 1981-2005 tuvo un importante papel en la transición a la democracia. Conocida es su sentencia del año 1985 en la que declaró inconstitucional la norma que difería la reinstauración del Tribunal Calificador de Elecciones, pese a su apego literal a disposiciones transitorias de la Constitución. Este pronunciamiento permitió que el Tribunal Calificador de Elecciones pudiera supervisar el desarrollo del plebiscito del año 1988¹². También fueron muy relevantes sus fallos en materia de partidos políticos, inscripciones electorales y votaciones populares y escrutinios. Al respecto José Luis Cea señala que “en el tránsito crucial que vivimos desde el régimen autoritario a la democracia, las decisiones [del Tribunal Constitucional] en dichas materias han tenido la virtud de quitar carácter semántico o meramente declamativo a la Carta Fundamental”¹³.

Una vez reestablecido el régimen democrático funcionó en propiedad en nuestro país el sistema dual de control de constitucionalidad de la ley que se había originado en el año 1970: el Tribunal Constitucional ejercía un control preventivo de la ley, tanto de naturaleza obligatoria como facultativa, y la Corte Suprema mantenía la atribución de declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal vigente.

Progresivamente, la doctrina comenzó a criticar el diseño de control de constitucionalidad de la ley, puesto que la distribución de esta competencia entre dos órganos distintos entrañaba el riesgo de sentencias contradictorias, además de dificultar la consolidación de una jurisprudencia constitucional coherente, especializada y uniforme. Este planteamiento referido a la necesidad de concentrar el control de constitucionalidad de la ley sería acogido en la reforma de 2005.

Es interesante consignar que la opción por concentrar el control de constitucionalidad de la ley en el Tribunal Constitucional obedeció en parte a que prevalecía una negativa valoración acerca de la aproximación restrictiva que había adoptado la Corte Suprema al resolver la

12 STC Rol N° 33-1985. Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley orgánica constitucional sobre el Tribunal Calificador de Elecciones.

13 CEA (1988) p. 209.

procedencia del recurso de inaplicabilidad¹⁴. Pero, al mismo tiempo, influyó la buena evaluación que en general existía en esa época respecto a la forma en la que el Tribunal Constitucional había ejercido sus funciones. A modo de ejemplo, durante la tramitación de la Reforma de 2005 el senador Zaldívar señaló: “[d]ebo expresar mi reconocimiento a dicho organismo [el Tribunal Constitucional] por su actuación durante estos once años. Podemos haber tenido discrepancias, pero creo que sus Ministros han desempeñado su labor con mucha seriedad”¹⁵. En el mismo sentido, el diputado Luksic afirmó: “[a]ctualmente, y a diferencia de aquellos, nuestro Tribunal ejerce un control a priori, preventivo, que ha funcionado bien, de acuerdo con la doctrina, y en armonía con los distintos órganos del Estado”¹⁶.

3. El Tribunal Constitucional tras la reforma de 2005

Tal como se ha señalado, la reforma constitucional del año 2005¹⁷ concentró el control de constitucionalidad de la ley en el Tribunal Constitucional, órgano que junto con conservar sus atribuciones de control preventivo¹⁸, extendió su competencia al control de preceptos legales vigentes a través de las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad¹⁹. Además, la reforma modificó el sistema de nombramiento de los ministros del Tribunal Constitucional, profundizando la intervención de los órganos políticos.

14 GÓMEZ (1999).

15 Senador Andrés Zaldívar, Actas de la tramitación de los proyectos de reforma constitucional boletines 2526 y 2534 -07, 1er. trámite constitucional, discusión general 15. 01.01., p. 16.

16 Diputado Zarko Luksic. Actas de la tramitación de los proyectos de reforma constitucional boletines 2526 y 2534 -07, 2do. trámite constitucional, discusión particular 22.06.05., p. 20.

17 Ley 20.050, Reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República.

18 La reforma de 2005 explicitó que el control preventivo obligatorio también procede respecto de normas de tratados internacionales que versen sobre materias propias de leyes orgánicas constitucionales, cuestión que ya había sido reconocida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

19 Artículo 93 N° 1, 3, 6 y 7 de la Constitución vigente.

De esta forma, en el año 2006 se inicia el tercer período del Tribunal Constitucional chileno, el que se extiende hasta la actualidad. Las nuevas atribuciones otorgadas al tribunal han supuesto un incremento sustantivo en el número de causas ingresadas²⁰, las que corresponden fundamentalmente a requerimientos de inaplicabilidad. Pese a que el control preventivo de la ley ha pasado a representar una proporción muy menor de la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional, estas decisiones alcanzan una significativa proyección política que no se advierte en las adoptadas en el ejercicio de otras atribuciones. Por esta razón, el control preventivo ha sido especialmente controvertido.

En una democracia, las decisiones colectivas han de ser adoptadas por los órganos representativos, a ellos les corresponde deliberar aplicando un criterio político acerca del mérito, conveniencia u oportunidad de una determinada medida, debiendo primar la voluntad de la mayoría. El Tribunal Constitucional tiene la potestad de impedir la promulgación de una norma que ha sido acordada por la mayoría parlamentaria cuando esta transgrede la Constitución, que es fuente y límite de la función legislativa. En consecuencia, es inevitable que los fallos del Tribunal Constitucional —que deben ser el resultado de un control de naturaleza jurídica—, produzcan a su vez efectos políticos. La connotación política de la sentencia constitucional es aún mayor en aquellos casos en los que el Tribunal Constitucional interviene a requerimiento de alguno de los órganos políticos legitimados a fin de que arbitre una discrepancia suscitada en el transcurso del proceso de formación de la ley.

Ahora bien, reconocer los efectos políticos de las decisiones del Tribunal Constitucional no significa que el examen de constitucionalidad que este efectúa sea de naturaleza política. El control debe limitarse a verificar la constitucionalidad del precepto, y no a evaluar la conveniencia de la opción escogida por el legislador de entre la variedad de alternativas constitucionalmente admisibles. Es en este punto donde radica una tensión ineludible entre el Poder Legislativo y la justicia cons-

20 La evolución por período del Tribunal Constitucional es la siguiente: 1971-1973: 17 causas ingresadas en total / 9 causas anuales en promedio; 1981-2005: 463 causas ingresadas en total / 19 causas anuales en promedio; y 2006-2020: 9.565 causas ingresadas en total / 683 causas anuales en promedio (Fuente: Cuenta Pública de 2020 de la Presidenta del Tribunal Constitucional).

tucional, por cuanto no resulta sencillo fijar claramente las fronteras entre las respectivas esferas de competencia.

De esta forma, la principal crítica que enfrenta en la actualidad el Tribunal Constitucional chileno se refiere a su politización. Se ha sostenido que sus fallos obedecerían a consideraciones políticas o ideológicas, de modo que el Tribunal Constitucional estaría arrogándose competencias privativas del legislador y materializando el poder de veto de la minoría política. En la difundida denominación de “tercera cámara” subyace la idea de que el Tribunal Constitucional realiza un examen de naturaleza política y resuelve conforme a criterios políticos, sin contar por cierto con la legitimidad que deriva de la elección popular que se requiere para el cumplimiento de dicha función. Al respecto, Fernando Atria afirma que “el Tribunal Constitucional no abre espacios para el razonamiento jurídico en conflictos constitucionales, cuando la cuestión es políticamente importante, y su decisión es análoga a la de una (tercera) cámara política”²¹.

Me parece que el planteamiento reseñado requiere de ciertos matices y distinciones. En primer término, algunos cuestionamientos al Tribunal Constitucional han sido expresión del mentado efecto político que generan sus decisiones. No es inusual que, ante un fallo adverso a las pretensiones de un sector, este lo atribuya a la politización del Tribunal Constitucional, aun cuando se haya realizado un control jurídico y resuelto conforme a derecho. Este fenómeno puede explicarse en que “el defecto reconocido del control preventivo es que queda muy cerca de la política y del proceso de factura de la ley. Es la continuación de la política partidista, pero por “otros medios”, lo que tiende a contaminar al TC con las tensiones propias del proceso político”²².

Por otra parte, cabe tener presente que, si una Constitución no es reconocida ampliamente por la sociedad, dicha valoración necesariamente se traspa a la decisión jurisdiccional que tiene por objeto hacer efectivo el acuerdo plasmado en la Constitución. En otras palabras, ciertas críticas dirigidas a decisiones del Tribunal Constitucional envuelven en realidad un cuestionamiento a definiciones adoptadas por la Constitución vigente.

21 ATRIA (2020) p. 134.

22 BRIONES y otros (2019), p. 14.

No obstante lo señalado, se advierte que durante el período del Tribunal Constitucional iniciado el año 2006 se ha profundizado el problema del control de mérito de la norma examinada y de decisiones constitucionales en las que prevalece el criterio político por sobre el jurídico. Esto ha sido acompañado de desarrollos jurisprudenciales del mismo Tribunal Constitucional que extienden su competencia y exacerbaban los conflictos con el legislador. Algunos ejemplos son la adopción de un criterio de interpretación finalista, la doctrina de la inconstitucionalidad derivada, la dictación de sentencias interpretativas que inciden en el contenido del precepto, entre otros.

En consecuencia, es posible afirmar que en ocasiones el Tribunal Constitucional ha excedido el ámbito de su competencia de control de constitucionalidad, reemplazando la capacidad decisoria del legislador democrático. Se constata, además, que de forma creciente el Tribunal Constitucional se ha involucrado en la política contingente, cuestión que se expresa no solo en la motivación de sus resoluciones, sino que en desafortunadas declaraciones de integrantes de este órgano que debiera cumplir un rol fundamental en la preservación de la supremacía constitucional, de la democracia y del Estado de Derecho.

II. Justificación de la propuesta

La propuesta que se formula en la siguiente sección se construye a partir de los siguientes supuestos:

1. La potestad legislativa se encuentra limitada por la Constitución

Respetar y promover la libertad de configuración del legislador democrático no puede traducirse en concebirla de forma ilimitada. La Constitución representa precisamente el acuerdo de una comunidad acerca de aquellos mínimos que no son disponibles por la mayoría. Este es el sentido de regular con rango constitucional el proceso de toma de decisiones legislativas y de consagrar en la Carta Fundamental principios políticos y derechos fundamentales. Las disposiciones constitucionales son una garantía para las personas en la medida en que se admita que éstas no pueden ser transgredidas por el legislador, cualquiera sea la mayoría política predominante en un determinado momento. Tal como se expre-

sa en *Marbury v. Madison*, “los poderes de la legislatura son definidos y limitados; y para que esos límites no puedan confundirse u olvidarse, la Constitución es una constitución escrita. ¿Con qué finalidad se limitarían los poderes y con qué propósito se habrían puesto esas limitaciones por escrito si esos límites pudieran, en cualquiera ocasión, ser sobrepasados por las personas mismas a quienes la Constitución intenta constreñir?”²³.

2. Necesidad de contar con mecanismos externos de control de constitucionalidad

El reconocer que la potestad legislativa está sujeta a los límites formales y materiales que le impone la Constitución, exige establecer mecanismos externos que aseguren la vigencia del principio de supremacía constitucional. Un control que descansa únicamente en el órgano controlado es por definición ineficaz. Además, supondría contar solo con un examen de constitucionalidad de naturaleza política, puesto que el Congreso Nacional no es el órgano idóneo para efectuar un control jurídico. En este sentido, Kelsen sostiene que “una Constitución a la que le falta la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en su sentido técnico²⁴(...) No es pues el Parlamento mismo con quien se puede contar para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales”²⁵.

3. Distinción entre la competencia del legislador y de la justicia constitucional

Sin perjuicio de reiterar lo complejo que resulta delimitar las respectivas esferas de competencia, se considera que es posible distinguir la deliberación política que debe recaer en un órgano representativo y elegido por votación popular, del control jurídico que ejerce un órgano jurisdiccional referido a la conformidad de una decisión legislativa con

23 *MARBURY V. MADISON* (1803). En esta sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos se origina el control judicial de la constitucionalidad de las leyes.

24 KELSEN (2011) p. 295.

25 KELSEN (2011) p. 274.

la Constitución. Esta distinción se sustenta en buena medida en el reconocimiento de la naturaleza jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Si bien existen diferencias entre la labor que realiza el juez ordinario y el juez constitucional, es posible atribuir al Tribunal Constitucional ciertas notas características de la actividad jurisdiccional, como el tratarse de un órgano autónomo que actúa como tercero imparcial en la resolución definitiva y conforme a derecho de conflictos referidos a la constitucionalidad de preceptos legales²⁶. Por lo tanto, y sin perjuicio de los efectos políticos que pueda producir una sentencia constitucional, la regulación orgánica y funcional del Tribunal Constitucional debiera ser coherente y tributar a su naturaleza jurisdiccional.

4. Consideración de la historia constitucional chilena

Conforme a lo expuesto en la sección precedente, es posible sostener que los procesos de cambio constitucional de 1970, 1980 y 2005 respondieron a un determinado diagnóstico relativo a la justicia constitucional, así como al contexto social y político de la época. Las necesidades y soluciones del pasado no son trasladables al presente, pero existe una tradición constitucional que conviene conservar, junto con introducir modificaciones orientadas a subsanar los problemas que han quedado en evidencia tras 15 años de funcionamiento del Tribunal Constitucional luego de la reforma de 2005. En consecuencia, se ha de avanzar en arreglos jurídico-constitucionales que contribuyan a una delimitación más clara entre la potestad legislativa y el control de constitucionalidad de la ley, en orden a lograr una relación más armónica entre el Poder Legislativo y el Tribunal Constitucional.

26 Priscila Machado plantea que en la actualidad se encuentra superada la visión liberal de jurisdicción —que descansa en la tutela de derechos subjetivos individuales—, así como la visión republicana de jurisdicción, que la entiende como la función de garantizar la vigencia de la voluntad soberana manifestada en la ley, mediante su aplicación a un caso concreto. Adhiriendo a una visión democrática deliberativa, cuyo pilar es la garantía del debido proceso, afirma que “el concepto de jurisdicción puede ser comprendido como aquel donde un tercero imparcial, extraño a la *litis*, por medio de un proceso dialéctico y con garantía de participación de todos los involucrados, decide con pretensión de definitividad el objeto jurídico debatido en el proceso (MACHADO, 2017, pp. 31-40).

III. Propuesta

En materia de control preventivo de la constitucionalidad de la ley se propone lo siguiente:

1. Atribuciones del Tribunal Constitucional

a) *Control preventivo obligatorio*

La Constitución de 1980 introdujo un control preventivo obligatorio de leyes interpretativas de la Constitución, leyes orgánicas constitucionales y normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas. La discusión acerca de esta atribución del Tribunal Constitucional no puede separarse de la relativa a la conveniencia de mantener en la nueva Constitución las leyes de quórum supramayoritario, cuestión que ha sido sumamente controvertida. Si desaparece el objeto del control preventivo obligatorio, es evidente que esta atribución del Tribunal Constitucional seguirá la misma suerte. Sin embargo, se propone eliminar este tipo de control aún en el caso de que la nueva Constitución contemple normas de quórum supramayoritario.

La razón principal se refiere a que el control preventivo obligatorio conspira en contra del propósito de distinguir y delimitar el ámbito de competencia del Tribunal Constitucional respecto de la potestad legislativa. Este examen de constitucionalidad se verifica sin que exista una controversia que dirimir ni intervinientes que presenten y fundamenten sus pretensiones. La ausencia de conflicto constitucional y de un procedimiento propiamente adversarial complejiza sostener la naturaleza jurisdiccional del Tribunal Constitucional y la pertinencia de aplicar una serie de categorías procesales asociadas a dicha función. A mayor abundamiento, Sergio Verdugo cuestiona la utilidad y aporte a la dogmática de este tipo de control, atendida la falta de fundamento de las sentencias que declaran la constitucionalidad de la norma examinada, lo que es consecuencia, precisamente, de la ausencia de contradictorio²⁷.

Por otra parte, el ejercicio de esta atribución no contribuye al objetivo de arbitrar las discrepancias entre los órganos políticos. Es más,

27 VERDUGO (2010) pp. 227-236.

puede terminar originando un conflicto con ocasión de la calificación de los preceptos objeto de control obligatorio, pues muchas veces los criterios del Tribunal Constitucional contrastan con los adoptados por el Congreso Nacional. A su turno, la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma orgánica constitucional se puede extender a otras disposiciones íntimamente ligadas a esta, en virtud de la doctrina desarrollada por el mismo Tribunal Constitucional relativa a la inconstitucionalidad derivada.

La eliminación de esta atribución del Tribunal Constitucional presenta la desventaja de debilitar el control de los vicios de forma de preceptos legales. Las infracciones a las disposiciones constitucionales sobre competencia y procedimiento muchas veces no son objeto de requerimientos interpuestos por los órganos legitimados durante el proceso de formación de la ley, sea porque pasan inadvertidas, se consideran irrelevantes o simplemente falta la voluntad política para requerir su inconstitucionalidad. Si bien el Tribunal Constitucional ha sostenido la procedencia de la acción de inaplicabilidad por vicios de forma, tal solución resulta difícil de armonizar con el carácter concreto del control que se ejerce en sede de inaplicabilidad, además de los inconvenientes que presenta en estos casos el efecto relativo de dicha sentencia.

En consecuencia, se propone que, junto con suprimir el control preventivo obligatorio, se introduzcan modificaciones a la acción de inconstitucionalidad, en orden a facilitar la derogación de preceptos legales que adolecen de un vicio de forma²⁸.

b) Control preventivo facultativo

Desde sus orígenes el Tribunal Constitucional chileno ha contado con la atribución de resolver las cuestiones de constitucionalidad suscitadas durante la tramitación de los proyectos de ley. Se propone que la nueva Constitución mantenga este tipo de control preventivo por las siguientes razones:

28 En la actualidad, se exige para la interposición de la acción de inconstitucionalidad que el precepto legal impugnado haya sido previamente declarado inaplicable. Además, en este caso la declaratoria de inconstitucionalidad requiere de un quórum de los 4/5 de los integrantes en ejercicio del Tribunal Constitucional (artículo 93 N°7).

- (i) **Refuerza la supremacía constitucional y la seguridad jurídica:** una democracia constitucional debe adoptar los resguardos conducentes a asegurar que las leyes que ordenan la convivencia social se conformen a la Constitución. El control que se ejerce antes de la promulgación de las normas legales evita que preceptos inconstitucionales entren en vigencia.

Existen limitaciones inherentes a la naturaleza abstracta del control preventivo, por cuanto es imposible que el Tribunal Constitucional prevea todos los posibles resultados que podrían derivarse de la aplicación de la norma una vez que esta entrara a regir. Sin embargo, en muchas oportunidades la inconstitucionalidad queda de manifiesto tras un examen abstracto del enunciado normativo, que prescinde de los efectos que produce la aplicación del precepto legal. Si tal es el caso, si el legislador acuerda una norma que se ha originado con infracción a los requisitos constitucionales (vicio de forma) o su contenido no es compatible con lo establecido en la Constitución (vicio de fondo), es recomendable que exista un mecanismo para impedir que dicho precepto legal sea promulgado.

- (ii) **Resguarda la igualdad ante la ley:** la sentencia estimatoria que se dicta en el ejercicio del control preventivo tiene efectos generales o *erga omnes*, es decir, nadie queda obligado a lo prescrito por la disposición declarada inconstitucional en cuanto esta debe excluirse del respectivo decreto promulgatorio.

De no existir el control preventivo, la norma inconstitucional entraría en vigencia y solo podría ser impugnada a través de la acción de inaplicabilidad. Al respecto, es necesario tener presente que la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad solo produce efectos en la respectiva gestión pendiente que ha dado origen al requerimiento, puesto que se trata de un control de carácter concreto. En atención a que tras la declaración de inaplicabilidad el precepto legal permanece vigente, este podrá ser aplicado a hipótesis de hecho idénticas a aquella que justificó el pronunciamiento del tribunal. Es más, aún si el Tribunal Constitucional identifica en abstracto un vicio de inconstitucionalidad (el caso más claro es el de los vicios de forma), resulta necesario interponer en cada caso

particular un requerimiento de inaplicabilidad²⁹. Si bien la Constitución actual contempla la posibilidad de que el Tribunal Constitucional derogue con efectos generales un precepto legal vigente que ha sido previamente declarado inaplicable, esta facultad se ha ejercido solo en cinco oportunidades en más de 15 años³⁰.

(iii) Ofrece una solución jurídica a los conflictos suscitados durante el proceso de formación de la ley: tal como se señaló en la primera sección, esta fue una de las principales razones que motivó la creación del Tribunal Constitucional en el año 1970. La ausencia de un mecanismo que permitiera conducir institucionalmente los conflictos suscitados entre los órganos políticos había generado un grave problema de gobernabilidad. Al momento de discutir el sistema de control de constitucionalidad que consagrará la nueva Constitución, no puede perderse de vista que el control preventivo —además de fortalecer la supremacía constitucional— cumple un rol institucional en el adecuado funcionamiento de la democracia. Sin perjuicio de que en materia de régimen político es posible avanzar en fórmulas destinadas a canalizar la divergencia política, parece inconveniente desechar uno de los pocos mecanismos funcionales a este objetivo que hasta ahora ha previsto nuestro ordenamiento jurídico.

No es posible ignorar que en la actualidad la intervención del Tribunal Constitucional durante el proceso legislativo tiende a agudizar los conflictos más que a canalizarlos. Sin embargo, de esta constatación no se deriva necesariamente que la solución sea suprimir el control preventivo. Los conflictos con el legislador se

29 Por ejemplo, el Tribunal Constitucional acogió 34 requerimientos de inaplicabilidad respecto del artículo 116 del Código Tributario antes de resolver su derogación con efectos generales. Por otra parte, entre los años 2017 y 2019 se interpusieron 2.876 requerimientos de inaplicabilidad por las denominadas Ley Emilia y Ley de Control de Armas. Los preceptos impugnados en estos casos permanecen vigentes (Informe 26 Observatorio Judicial, Tribunal Constitucional, Ley Emilia y control de armas).

30 STC 681-2006 (art. 116 del Código Tributario); STC 1345-2009 (art. 171 del Código Sanitario); STC 1254-2008 (art. 595 del Código Orgánico de Tribunales); STC 1710-2010 (art. 38 ter Ley de Isapres); STC 6597-2019 (art. 126 del Código Sanitario).

han exacerbado en el transcurso del último período del Tribunal Constitucional, en circunstancias de que este ha contado con esta atribución desde sus orígenes y la reforma de 2005 prácticamente no innovó en la materia. El problema parece estar en el sistema de nombramiento y estatuto orgánico de los ministros del Tribunal Constitucional, por cuanto estos aspectos inciden directamente en el modo en que el órgano comprende el alcance de su función. La forma en la que en la práctica han operado los nombramientos que corresponden al Presidente de la República y al Congreso Nacional ha contribuido a la politización y extensión de las competencias del Tribunal Constitucional. En consecuencia, se debiera evitar eliminar una atribución que sirve a variados y relevantes objetivos jurídicos e institucionales, en orden a abordar un problema que posiblemente obedezca a otras causas.

2. Aspectos procesales del control preventivo facultativo

a. Oportunidad del control preventivo facultativo

La regulación constitucional y legal se ha ocupado de determinar claramente el término del plazo para la interposición del requerimiento que activa la competencia del Tribunal Constitucional en materia de control preventivo facultativo. Así, se dispone que el requerimiento debe formularse con anterioridad al ingreso del decreto promulgatorio a la oficina de partes de Contraloría General de la República y, en ningún caso, después del quinto día de despachado el proyecto de ley por el Congreso Nacional³¹.

En consecuencia, los órganos políticos están facultados para interponer el requerimiento en cualquier etapa del proceso de formación de la ley en la medida en que sea en un momento anterior al término del plazo indicado. Si el conflicto se traslada al Tribunal Constitucional en el transcurso de la discusión legislativa, se frustra la posibilidad de que los mismos órganos políticos arriben a soluciones que permitan superar las

31 Artículo 93, inciso 4 de la Constitución vigente y artículo 62 de la LOC del Tribunal Constitucional.

objecciones planteadas por algún sector respecto de la constitucionalidad de una norma en tramitación³².

Se propone, entonces, que la nueva Constitución restrinja la oportunidad para la formulación del requerimiento, exigiendo que este sea interpuesto solo una vez que el proyecto haya sido despachado por el Congreso Nacional y antes de su promulgación. Esta modificación favorecería que las discrepancias referidas a la constitucionalidad de alguna norma de un proyecto de ley sean resueltas internamente con ocasión de los controles de admisibilidad o en los sucesivos trámites constitucionales y reglamentarios que contempla el proceso de formación de la ley. Solo una vez que se hayan agotado las instancias legislativas —incluidas las comisiones mixtas que se constituyen precisamente para resolver las divergencias entre ambas cámaras—, sería posible interponer un requerimiento a fin de que el Tribunal Constitucional resuelva si el precepto impugnado se conforma o no a la Constitución.

De limitarse en la forma señalada la oportunidad del control preventivo, la intervención del Tribunal Constitucional se tornaría un instrumento de última *ratio*. Esta definición no solo podría reducir las hipótesis de conflicto entre el Poder Legislativo y el Tribunal Constitucional, sino que expresa una mayor confianza en la labor legislativa y en su capacidad de alcanzar acuerdos, además de contribuir a fortalecer el control político de constitucionalidad de la ley que ha de efectuar el Congreso Nacional en cuanto también se encuentra sujeto al principio de supremacía constitucional.

32 Esta propuesta pretende identificar la fórmula que resguarde de mejor forma las competencias de los órganos involucrados. Si se atendiera a un criterio de eficiencia, existen buenas razones para una y otra alternativa. Por una parte, permitir que el requerimiento se interponga en cualquier momento evita que el Poder Legislativo destine meses (o años) a la deliberación de un proyecto de ley que adolece desde el primer momento de un vicio de inconstitucionalidad, y que en definitiva no podrá ser promulgado. Por otra parte, se puede sostener que dicha solución no sería eficiente por cuanto es posible interponer sucesivos requerimientos en el contexto de un mismo proyecto de ley. Asimismo, puede acontecer que se active la competencia del Tribunal Constitucional para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de un precepto legal que luego es modificado por el mismo Congreso Nacional, cuestión que se planteó en los casos sobre el retiro del 10% de los fondos previsionales (Rol 9797-2020; Rol 10.774-2021).

b. Efectos de la sentencia estimatoria dictada en el ejercicio del control preventivo facultativo

La Constitución actual establece que las disposiciones declaradas inconstitucionales no podrán convertirse en ley, mandato que se concreta mediante la exclusión de dichos preceptos del respectivo decreto promulgatorio. La regulación vigente de los efectos de la sentencia estimatoria acarrea una serie de consecuencias que profundizan el problema de la delimitación entre la competencia legislativa y de control de constitucionalidad de la ley, cuestión que se propone abordar de la siguiente forma:

- (i) **Establecer el reenvío al Congreso Nacional del proyecto de ley declarado parcialmente inconstitucional:** en el transcurso del proceso de formación de la ley los proyectos presentados son objeto, habitualmente, de importantes modificaciones que se van acordando en los sucesivos trámites legislativos. Si el Tribunal Constitucional interviene una vez despachado el proyecto y declara inconstitucional algunos de sus preceptos, el Presidente de la República promulgará dicha versión de la ley —que no incluye las normas inconstitucionales—, pues no se prevé en el procedimiento una etapa destinada a que el órgano depositario de la potestad legislativa pueda pronunciarse con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley.

Se propone que la nueva Constitución disponga que tras la declaratoria de inconstitucionalidad el proyecto deba ser enviado al Congreso Nacional con el objeto de que dentro de un plazo —que habrá que determinar y fijar claramente—, reemplace los preceptos inconstitucionales dentro del marco definido en la sentencia. De esta forma, el legislador tendrá la oportunidad de completar los eventuales vacíos o corregir posibles incoherencias producto de la declaración de inconstitucionalidad, pero más importante aún: de ejercer la función que le es inherente previo a la promulgación del respectivo proyecto de ley.

Podría argüirse que en la actualidad nada impide al legislador introducir modificaciones —mediante un nuevo proyecto de ley—, al texto promulgado tras una sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional. Aunque esta vía permite subsanar los defectos de la ley derivados de la exclusión de los preceptos declarados in-

constitucionales, persiste el problema relativo a un diseño procesal que no refuerza adecuadamente la capacidad decisoria del legislador en el ámbito de su competencia.

- (ii) **Reconocer expresamente el efecto de cosa juzgada material de la sentencia constitucional:** otra hipótesis de conflicto dice relación con la posibilidad de que, tras una sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional, el Congreso Nacional reaccione proponiendo una norma idéntica a la declarada inconstitucional, sea en el contexto del mismo o de un nuevo proyecto de ley. La situación descrita ha ocurrido en más de una oportunidad y supone burlar lo resuelto por el órgano competente para ejercer el control de constitucionalidad de la ley. La regulación actual no proporciona un fundamento normativo expreso para oponerse a que el legislador reproduzca preceptos que han sido declarados inconstitucionales.

En consecuencia, se propone que la nueva Constitución establezca explícitamente que la sentencia constitucional goza de la cualidad de cosa juzgada material, instituto que distingue el acto jurisdiccional de las demás formas de actuación de los poderes públicos. Lo juzgado es una sentencia estimatoria es la incompatibilidad entre la Constitución y el contenido material de un precepto legal, cualquiera sea su continente. Por tanto, si el legislador intenta eximirse de cumplir el fallo por la vía de presentar y aprobar una indicación o un nuevo proyecto de ley que reproduce la disposición inconstitucional, procedería invocar la cosa juzgada a fin de impedir la repetición de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

Cabe precisar que la inmutabilidad que caracteriza a la cosa juzgada alcanza únicamente a lo resuelto en la sentencia constitucional. Un asunto distinto es el efecto que se le reconoce a los razonamientos que sirven de fundamento de la decisión, tema que se aborda desde la perspectiva de la teoría del precedente, como del efecto vinculante de la sentencia respecto a los demás órganos públicos. La cosa juzgada es limitada, de ella no se deriva una prohibición general al legislador de aprobar normas a las que puedan aplicarse algunas de las consideraciones o razonamientos contenidos en un particular fallo. La cosa juzgada solo tiene el efecto de impedir que se repita un pronunciamiento jurisdiccional, lo que

ocurrirá si el legislador decide perseverar en contra de lo resuelto y contenido en lo dispositivo de un fallo.

Las particulares características del proceso constitucional exigirían reconocer la naturaleza provisional de la cosa juzgada, pues de lo contrario se petrificaría una determinada interpretación constitucional. No obstante, el legislador estaría obligado a fundamentar el cambio de circunstancias que justificaría la revisión de lo resuelto, tal es en este caso la modificación de la realidad política o social que regula la Constitución. No bastaría, por tanto, la mera discrepancia o diferencia de criterio para que el legislador insista en aprobar una norma que ha sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

Bibliografía citada

- ATRIA, Fernando (2020): “Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (I): Conceptualismo constitucional”, *Derecho y Crítica Social*, vol.6, N°1: pp. 114-160.
- BRIONES ROJAS, Ignacio; ANINAT SAHLI, Isabel; CANESSA ZAMORA, Martín; CORDERO VEGA, Luis; DE LA FUENTE GONZÁLEZ, Gloria; FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo; GAJARDO FALCÓN, Jaime; GARCÍA GARCÍA, José Francisco; GÓMEZ BERNALES, Gastón; GONZÁLEZ BAÑADOS, Natalia; HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam; NAVARRO BELTRÁN, Enrique; SOTO BARRIENTOS, Francisco; RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo; ZAPATA LARRAÍN, Patricio y ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2019): “Informe Final. Grupo de Estudio de Reforma al Tribunal Constitucional. 25 propuestas para un Tribunal Constitucional del siglo XXI”.
- CEA EGAÑA, José Luis (1988): “Influencia del Tribunal Constitucional en el proceso de institucionalización política”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 15, pp. 205-211.
- GÓMEZ, Gastón (1999): “La jurisdicción constitucional: Funcionamiento de la acción o recurso de inaplicabilidad, crónica de un fracaso”, *Colección Informes de Investigación, Centro de Investigaciones Jurídicas Universidad Diego Portales*, Año 1, N°4: p. 65-84.
- KELSEN, Hans (2011): *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)* (trad. Rolando Tamayo y Salmorán, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional N°15).
- MACHADO MARTINS, Priscila (2017): *La cosa juzgada constitucional* (Madrid, Editorial Reus).

SILVA CIMMA, Enrique (2008): *El Tribunal Constitucional de Chile: (1971-1973)* (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional, segunda edición).

VERDUGO, Sergio (2010): “Control preventivo obligatorio: Auge y caída de la toma de razón al legislador”, *Estudios Constitucionales*, Año 8, N°1: pp. 201-248.

Jurisprudencia citada

MARBURY v. MADISON, 5 U.S. 137 (1803).

PROPUESTAS DE PERFECCIONAMIENTO AL CONTROL REPRESIVO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

CATALINA SALEM GESELL¹

I. Diagnóstico

Desde la reforma constitucional introducida por la Ley N° 20.050 del año 2005, la acción de inaplicabilidad se ha consolidado como la atribución más requerida de las 16 atribuciones que la Constitución vigente encomienda al conocimiento y resolución del Tribunal Constitucional. Esta acción consiste en resolver si la aplicación de un precepto legal en una gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial resulta contraria a la Constitución (art. 93 N° 6 CPR).

En efecto, a lo largo de los años, las cuentas públicas de la Presidencia del Tribunal Constitucional han ido constatando una tendencia clara e irreversible que demuestra que el conocimiento de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad concentra casi la totalidad del ejercicio de su jurisdicción². Por esta razón, la doctrina le ha dado al Tribunal Constitucional la denominación de “tribunal de inaplicabilidades”³.

El desarrollo que ha tenido la acción de inaplicabilidad desde la referida reforma contrasta enormemente con aquel desempeño que tuvo desde la entrada en vigor de la Constitución de 1925. Durante el perio-

-
- 1 Abogada. Licenciada en Derecho y Magister en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección electrónica: cesalem@uc.cl
 - 2 La última cuenta pública de marzo de 2020 consigna que, del total de procesos constitucionales ingresados durante el año 2019, a saber, 2.210 procesos, de ellos, 2.181 fueron requerimientos de inaplicabilidad. Esto corresponde a un 98% de los ingresos totales del Tribunal.
 - 3 CAZOR y PICA (2009); BRIONES y otros (2019).

do de 80 años —y bajo la vigencia de dos constituciones políticas—, la facultad de inaplicar la ley estuvo radicada en la Corte Suprema, órgano que muy excepcionalmente dictó sentencias estimatorias en ejercicio de esta atribución.

El desempeño de la Corte Suprema generó fuertes críticas por parte de la doctrina de la época, las que se fundaban en la falta de cumplimiento de uno de los objetivos que tuvieron presentes los constituyentes de 1925 y 1980 al establecer la institución de la inaplicabilidad: el reforzamiento del principio de supremacía constitucional mediante el control de actos del legislador⁴.

Asimismo, la Corte Suprema conceptualizó a la inaplicabilidad como un recurso de derecho estricto, y por lo mismo, como un examen que debía ser de naturaleza abstracta. En otras palabras, la inaplicabilidad consistía en una confrontación directa entre el precepto legal impugnado y la Constitución, sin que tuviera relevancia el caso particular en el cual ese precepto legal recibiría aplicación⁵. De esta manera, el efecto relativo de la sentencia estimatoria de inaplicabilidad —esto es, la limitación de la declaratoria de inconstitucionalidad solo a la gestión judicial en la cual el precepto legal sería aplicado—, tenía por única finalidad ser un límite que no erigiera al Poder Judicial por sobre los demás poderes del Estado, particularmente, el legislador.

La experiencia de la inaplicabilidad de competencia de la Corte Suprema fue un antecedente decisivo en el diseño institucional de

4 CEA (1998/1999); FIAMMA (1998); SAENGER (2003); entre otros.

5 La jurisprudencia de la Corte Suprema —desde antes de la vigencia de la Constitución 1980—, definía este control como uno de “derecho estricto” que suponía la existencia de una “completa y perfecta contradicción entre una ley constitucional y una ordinaria; es decir, que ambas no puedan coexistir entre sí por contener normas o fines jurídicos que se contrapongan al aplicarse a un negocio determinado”. Con la entrada en vigor de la Carta de 1980, este criterio fue sometido a revisión por la doctrina, por cuanto se argumentaba que al contener el nuevo texto constitucional una serie de principios y valores que debían ser respetados como exigencias de justicia para la actuación del legislador, no bastaba con que la Corte hiciera una mera comparación objetiva entre el precepto legal y la Constitución “sino que tendrá que ponderar si el contenido de este último se ajusta a los criterios de justicia exigidos por las normas constitucionales, criterios cuyo significado y alcance tendrá que precisar” (BERTELSEN, 1985, pp. 175-176). La misma opinión fue compartida por BULNES (1993, pp. 519-520).

esta acción adoptado el año 2005, tanto desde el punto de vista orgánico como funcional. Respecto del primero, se trasladó la acción de inaplicabilidad desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional, concentrando en este último órgano todas las atribuciones de control de constitucionalidad de la ley. Con ello se perseguía reforzar el principio de supremacía constitucional estableciendo un órgano único y especializado que tuviera por misión velar por la conformidad de las normas jurídicas a la Constitución Política⁶.

Desde el punto de vista funcional, el diseño adoptado para la acción de inaplicabilidad buscó superar la crítica que apuntaba a la incoherencia que producía que un precepto legal “en abstracto” fuera contrario a la Constitución, declarándose inaplicable para un caso, no obstante mantenerse vigente para la generalidad de los gobernados, vulnerando así el principio de igualdad ante la ley⁷. Para ello, entonces, si bien la sentencia estimatoria de inaplicabilidad ha mantenido sus efectos limitados al caso concreto, se creó una nueva acción: la acción de inconstitucionalidad, que permite expulsar del ordenamiento jurídico un precepto legal contrario a la Constitución, como resultado de un control abstracto entre ambas normas jurídicas, siempre y cuando exista una sentencia estimatoria previa de inaplicabilidad respecto de ese precepto legal. Luego, se estimó que un precepto legal bien podía ser constitucional en abstracto, pero que, aplicado a un caso concreto, podía tener un efecto contrario a la Constitución. Así, la acción de inaplicabilidad dejó de consistir en un control abstracto entre normas de distinta jerarquía, para ser propiamente un examen en concreto de la constitucionalidad de un precepto legal.

El cambio de la naturaleza de la acción de inaplicabilidad introducido por la reforma de 2005 ha presentado algunos inconvenientes que se han manifestado en desacuerdos institucionales entre los tribunales de justicia —particularmente la Corte Suprema— y el Tribunal Consti-

6 Cabe aclarar que el Tribunal Constitucional no es el único órgano que ejerce funciones de control de constitucionalidad, ya que, a modo ejemplar, se han mantenido las acciones de protección y amparo radicadas en los tribunales superiores de justicia; y, en la Contraloría General de la República, aquellas atribuciones de control de constitucionalidad respecto a decretos de gastos que excedan el límite constitucional y de los DFL, entre otros.

7 ATRIA (2001).

tucional, y que han sido objeto de intenso debate en la academia. Tanto el máximo tribunal del Poder Judicial como el Tribunal Constitucional han comprendido que ambos ejercen funciones distintas: por una parte, los tribunales de justicia interpretan y aplican las normas jurídicas para la resolución de los casos concretos sometidos a su conocimiento; mientras que, al Tribunal Constitucional le corresponde ejercer el control de constitucionalidad de la ley que, aplicada a un caso concreto, resulta contraria a la Constitución Política. El punto está en que si la inaplicabilidad ya no es un control que compara ley y Constitución en abstracto, ¿cómo se lleva a efecto un control de naturaleza concreta?

El Tribunal Constitucional ha declarado en su jurisprudencia que el control concreto supone tomar en consideración las circunstancias particulares que rodean la aplicación de la norma, de forma tal que son esas circunstancias las que producen, como consecuencia, la inconstitucionalidad de la aplicación, no así el precepto legal en sí mismo. Sin embargo, la operatividad práctica de este criterio no ha sido fácil, constatando la doctrina que la inaplicabilidad se ha ido transformado en un control sobre interpretaciones judiciales y, por ende, en un control sobre la actividad jurisdiccional⁸. Esto porque resultaría intelectual y lógicamente imposible pronunciarse sobre la aplicación de una norma sin previamente interpretarla⁹, produciendo, en consecuencia, una superposición de competencias entre el Tribunal Constitucional y los tribunales de justicia, todos los cuales se disputarían la interpretación de la ley.

Lo anterior ha quedado consignado en las cuentas públicas de los respectivos presidentes de ambos organismos¹⁰, así como también, ha generado una jurisprudencia judicial que ha buscado desconocer los

8 GÓMEZ (2005); HORMAZÁBAL (2006); ALDUNATE (2007); SILVA (2014); NÚÑEZ (2012); SALAS (2018); entre otros. Para Pica se trata de un doble control, esto es, un control tanto al legislador como al juez de la causa, toda vez que el examen de constitucionalidad se traslada necesariamente al acto de aplicación de la ley y/o sus efectos, esto es, a la resolución judicial. Pero si la norma legal es en sí misma inconstitucional, independiente del caso concreto, entonces no será necesario extender el control a su acto de aplicación (PICA, 2012, pp. 78 y 112).

9 CORREA (2011); MARTÍNEZ (2011). “[E]l control concreto, en tanto control de aplicación, forzosamente ha de ser control de interpretaciones, ya que toda norma debe ser interpretada para determinar su sentido y sus efectos” (PICA, 2012, p. 73).

10 CORTE SUPREMA (2019), p. 10; CORTE SUPREMA (2020), p. 13; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019), pp. 6 y 7.

efectos propios de la sentencia estimatoria de inaplicabilidad, como una forma de reivindicar las propias competencias¹¹. Esto es lo que en derecho comparado se ha denominado “el choque de trenes”.

A lo expresado se suma el hecho que hoy en día, los jueces ordinarios hacen aplicación directa de los contenidos de la Constitución, desaplicando la ley; o logran el mismo resultado aplicando directamente el contenido de los tratados internacionales de derechos humanos por sobre la ley. Si bien, desde el punto de vista de la jerarquía de las fuentes del Derecho Constitucional ambas operaciones resultan correctas, al menos en el primer caso, se desconoce abiertamente el reparto de competencias que la misma Constitución Política diseña para hacer efectivo el principio de supremacía constitucional¹².

Por último, también han surgido reparos desde la academia respecto a la vinculación entre la acción de inaplicabilidad (art. 93 N° 6 CPR) y la acción de inconstitucionalidad (art. 93 N° 7 CPR), ya que la exigencia de una sentencia previa estimatoria de inaplicabilidad, para iniciar un proceso de inconstitucionalidad, presentaría una incoherencia entre los tipos de controles que se ejercen en uno y otro caso¹³. Así, como se planteó, la acción de inaplicabilidad supone un examen concreto de la norma, mientras que la inconstitucionalidad uno de naturaleza abstracta como aquel que ejerció la Corte Suprema en el pasado. ¿A partir de un control concreto se puede llegar a la conclusión de una inconstitucionalidad abstracta de la norma?

11 El caso más emblemático consistió en una sentencia de la Corte Suprema que declaró que las sentencias del Tribunal Constitucional sí podían ser objeto de un recurso de protección cuando desbordaban su competencia constitucional y legal: “[L]a autonomía del Tribunal Constitucional se vincula exclusivamente con el ejercicio de las facultades que le han sido expresamente conferidas por el ordenamiento jurídico, ergo, las actuaciones del órgano, llevadas a cabo al margen de las atribuciones entregadas por la ley o la Constitución, pueden ser controladas por la vía jurisdiccional mediante esta acción constitucional” (*CONFEDERACIÓN NACIONAL DE FUNCIONARIOS CON TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*, 2019, considerando cuarto).

12 Esto supone una vulneración a los artículos 7° y 93 de la Constitución Política vigente, ya que los tribunales de justicia se estarían auto atribuyendo potestades inexistentes incurriendo en un acto de “verdadera auto tutela constitucional” (PICA, 2012, p. 58).

13 COUSO y CODDOU (2010). SALAS (2018) ha tratado de darle un tratamiento dogmático que conecte ambas acciones.

En síntesis, el diagnóstico desde el que se plantea la presente propuesta consiste en hacerse cargo del asunto sobre cuál debería ser la naturaleza de la acción de inaplicabilidad: ¿Debería ser una acción de control de la actividad jurisdiccional o mantener su objeto original, esto es, consistir en un control de la ley? ¿Cómo, entonces, limitar su objeto para evitar las tensiones institucionales existentes entre el Tribunal Constitucional y los tribunales de justicia? ¿Debería volver a ser una atribución de la Corte Suprema? ¿Debería cambiarse en algo su relación con la acción de inconstitucionalidad?

Para responder a estas preguntas se desarrollará un marco general que orientará la propuesta, justificando la línea en la cual se inserta.

II. Justificación

Desde su reinstauración en el año 2005, la acción de inaplicabilidad ha sido una institución tremendamente exitosa. Ello ha quedado demostrado no solo por las cifras que se mencionaban al comienzo, sino que también por el hecho de que la inaplicabilidad ha contribuido a fortalecer el sistema de protección de los derechos fundamentales al ser utilizada como un verdadero “amparo indirecto” de derechos constitucionales¹⁴.

Esto significa que cualquier parte en una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial —o el mismo juez—, puede invocar la vulneración de un derecho o derechos constitucionales por la aplicación de un precepto legal determinado. La gran mayoría de los requerimientos de inaplicabilidad se fundan precisamente de esa manera.

También, la inaplicabilidad ha supuesto una democratización y perfeccionamiento de la justicia constitucional, en el sentido que le permite a cualquier persona que se sienta afectada por una ley que le será aplicada por un tribunal, la posibilidad de controvertirla invocando directamente el texto constitucional. Este estatuto se ve reforzado por la acción de inconstitucionalidad, que es una acción popular. Ello se traduce en la posibilidad de que cualquier persona pueda solicitar la expulsión de esa norma en caso de ser absolutamente incompatible con

14 CAZOR y PICA (2009), lo denominan “amparo imperfecto”.

la Constitución. Se restablece así el principio de igualdad ante la ley, además de garantizarse el principio de supremacía constitucional.

Por esta razón, nos apartamos de aquellas opiniones que prefieren restringir los sujetos legitimados para requerir la inaplicabilidad de un precepto legal con el objeto de que sea exclusivamente el juez de la causa quien determine si efectivamente existen reparos de inconstitucionalidad respecto del precepto legal para luego remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional. La virtud de una propuesta de esta naturaleza sería que, así, se evitarían las tensiones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, ya que obligarían al juez de la causa, al menos, a hacer un esfuerzo interpretativo del precepto legal conforme con la Constitución antes de remitir el expediente a la justicia constitucional. Es el modelo que, entre otros países, sigue Italia, y que no ha logrado realmente evitar “el choque de trenes”.

Suprimir el derecho de las partes para acceder al Tribunal Constitucional e impugnar la constitucionalidad de una ley supondría un retroceso del reconocimiento al derecho a la tutela judicial y, por lo mismo, una infracción al principio de no regresividad en materia de derechos humanos. En este sentido, se estima que el actual estatuto de legitimados activos para ejercer la acción de inaplicabilidad debe mantenerse. Como se señaló, este constituye un refuerzo del Estado de Derecho desde un punto de vista material al consagrar una vía institucional de naturaleza vertical: permite a los individuos controvertir directamente las decisiones de sus gobernantes teniendo la propia Constitución como parámetro de control.

Lo planteado cobra una especial relevancia para el momento constitucional actual: las demandas de mayor justicia social y una necesidad imperiosa de participación ciudadana en los asuntos públicos, sin duda deben promover hacia el mayor reconocimiento de vías institucionales que concreten esa participación y no su supresión. Pues bien, en la Constitución vigente, las acciones de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad son los únicos mecanismos existentes que permiten a las personas someter argumentativamente a control los actos de los colegisladores. De esta manera, se abre un proceso en que estos últimos podrán hacerse parte, iniciando un diálogo directo con los gobernados afectados por sus actos, lo que es muy enriquecedor para una democracia.

Por lo mismo, resulta absolutamente esencial que tanto la acción de inaplicabilidad como la acción de inconstitucionalidad permanezcan ra-

dicadas en el Tribunal Constitucional. Este órgano, sin duda, requiere de una profunda reforma al sistema de designación de sus miembros¹⁵, pero debe mantener el modelo en el cual se funda. Este último se denomina sistema “europeo” o “kelseneano” de justicia constitucional y ofrece garantías de mayor participación si se lo compara con el modelo anglosajón.

El modelo europeo o concentrado de justicia constitucional se funda en la sustracción del control de constitucionalidad de la ley de los jueces ordinarios como garantía jurisdiccional a favor de la ley. En otras palabras, los actos del legislador gozan de una especial protección, estableciéndose un órgano y un procedimiento especializado para aquellos casos en que su constitucionalidad sea impugnada y resuelta, procedimiento en el cual los legisladores pueden hacerse parte del proceso. En el modelo anglosajón, en cambio, esto último no es posible, ya que cualquier juez está facultado para desaplicar una norma legal por ser incompatible con la Constitución, perdiéndose en la dispersión de distintos procedimientos y tribunales un importante momento dialógico entre todos los interesados en discutir la forma o el contenido de la ley.

En consecuencia, siguiendo el modelo europeo, el constituyente del año 2005 contempló expresamente la posibilidad de que el juez de la causa requiera al Tribunal Constitucional cuando estima que puede existir una incompatibilidad entre la Constitución y un precepto legal que debe aplicar en una gestión judicial pendiente. Así, el juez ordinario o especial no se encuentra facultado para decidir por sí mismo si una determinada ley es o no contraria a la Constitución. Esa atribución, como se ha explicado, le corresponde al Tribunal Constitucional. Ante este último órgano, el juez, las partes y los legisladores podrán presentar sus argumentos a favor o en contra de la ley, sometiendo su decisión a un juez especializado y designado en base a criterios especialmente fijados para la función que cumplirá.

Ahora bien, en lo que respecta a la interrogante de si la acción de inaplicabilidad debe permanecer dentro de la esfera de competencias del Tribunal Constitucional, no puede soslayarse el problema de cómo superar las tensiones entre este órgano y el Poder Judicial.

15 SALEM (2016) y SALEM (2017).

Respecto a este punto, es imprescindible que la acción de inaplicabilidad mantenga su naturaleza concreta. La experiencia comparada en aquellos sistemas que consagran exclusivamente controles abstractos de constitucionalidad de la ley ha demostrado ser insuficiente. Esto por cuanto, tempranamente, han notado que la aplicación de una ley no es inconstitucional en todos los casos que es posible subsumir bajo su enunciado normativo. Por ejemplo, una ley que concede un beneficio a un grupo determinado de personas puede ser impugnada por otro grupo que fue excluido. En ese caso, sin embargo, quienes impugnan la ley no buscan su inconstitucionalidad, sino que también sean considerados por ella. Lo anterior ha obligado a tribunales constitucionales, como el alemán o el italiano, a morigerar los efectos anulativos de la ley, creando instituciones jurisprudenciales tales como las sentencias interpretativas o manipulativas, las que también han producido tensiones con los órganos pertenecientes al Poder Judicial.

La inaplicabilidad, de larga tradición en nuestro país, ha adquirido una fisonomía propia que se inspira en el sistema norteamericano en cuanto a su objeto de control, siendo la acción de inconstitucionalidad la herramienta representativa del sistema europeo. Ambas deben coexistir porque precisamente permiten el control de realidades distintas: mientras la inaplicabilidad permite corregir aquellas categorías jurídicas que han sido incluidas o excluidas en la hipótesis normativa de una ley en un caso concreto, la inconstitucionalidad permite anular una ley que vulnera la Constitución en todas sus posibles aplicaciones. Por lo mismo, no debería cambiarse la actual relación procesal que existe entre la acción de inaplicabilidad y la acción de inconstitucionalidad. Ello, sin perjuicio que, respecto de esta última, deben revisarse cuestiones relativas al quórum o resolverse qué sucede en aquellos casos en que existe un número significativo de sentencias estimatorias de inaplicabilidad, pero sin que se produzca un consenso al interior del Tribunal para declarar su inconstitucionalidad.

Mucho de lo que debe decirse sobre la inaplicabilidad es una tarea en la cual la academia tiene un desafío que cumplir. Sin embargo, existen ciertas reestructuraciones institucionales que pueden ayudar a despejar aún más los límites que separan el control de un acto de aplicación de la ley en cuanto a su constitucionalidad, de un acto meramente jurisdiccional. No puede desconocerse que la inaplicabilidad sirve a los litigantes,

en un importante número de casos para solapar una impugnación a la decisión judicial; es decir, es posible trazar la causa del efecto vulneratorio a la Constitución en la resolución judicial y no en la ley. Para ello, como se propondrá a continuación, puede resultar beneficioso establecer una acción de amparo contra resoluciones judiciales que permita canalizar esos requerimientos y, así, purificar la inaplicabilidad como un control exclusivamente dirigido al legislador.

Finalmente, el problema de las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial exige reflexionar sobre un mecanismo que permita dirimir las contiendas de competencia que se produzcan entre ambos. Esto necesariamente lleva a decidir sobre la clásica pregunta de quién debe ser el intérprete final de la Constitución, al menos en lo que a control de la ley se refiere. En este caso específico, creemos que esa responsabilidad debe recaer en el órgano que tiene la competencia para controlar el acto, sin que el destinatario de esa decisión tenga la posibilidad de decidir por sí mismo si ella le incumbe o no. Cuando un tribunal de justicia decide por sí mismo si una sentencia estimatoria de inaplicabilidad lo obliga o no, además de constituir un acto de autotutela, produce un quiebre significativo a la seguridad jurídica.

Lo que ha propuesto la doctrina es crear un recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional cuando el juez del fondo desconozca el efecto de una sentencia estimatoria de inaplicabilidad. Sin embargo, no se ha precisado el objeto específico de ese recurso¹⁶. En nuestra opinión, si bien un recurso de esta naturaleza contribuiría a explicitar el efecto vinculante de la sentencia de inaplicabilidad, no resuelve el tema de fondo: que la Corte Suprema, sin desconocer las competencias del Tribunal Constitucional, argumentativamente ha ido relativizando los efectos de las decisiones de este último, haciéndolas inoperantes.

Otra alternativa sería entregarle derechamente al Tribunal Constitucional en ese recurso extraordinario, la resolución del asunto de fondo. Sin embargo, la experiencia comparada, particularmente España e Italia, ha demostrado que esa vía no pone a salvo las tensiones institucionales entre los dos órganos que reivindican cada uno para sí sus respectivas

16 BRIONES y otros (2019).

competencias. Ello, porque el Tribunal Constitucional pasa a asumir de-rechamente una función propia de la jurisdicción ordinaria.

Expresadas estas reflexiones, se realizará a continuación una propuesta específica que aborde los puntos que se han identificado y que requieren de un rediseño institucional.

III. Propuestas concretas para el perfeccionamiento del sistema represivo de constitucionalidad de la ley

Una propuesta que ya hemos publicado anteriormente¹⁷, es **la creación de un amparo contra resoluciones judiciales** de competencia del Tribunal Constitucional. Su finalidad sería doble: por una parte, asegurar el principio de supremacía constitucional, controlando las interpretaciones judiciales de la Constitución; y, por la otra, asegurar la igualdad ante la Constitución de todos los justiciables en la protección de sus derechos fundamentales. Adicionalmente, la creación de esta acción permitiría obligar al Tribunal a diferenciar argumentativamente la atribución de inaplicación de la ley y la de amparo en contra de resoluciones judiciales. De esta forma, se superaría el debate de que la primera es un mecanismo de control de la actividad jurisdiccional, redirigiendo su objeto hacia el control del legislador, que es su fin originario.

Respecto a la propuesta específica, primeramente, se propone la creación de una “acción” y no de un “recurso”, acotándola de esta manera al simple control de una interpretación judicial de un determinado derecho constitucional y no de la totalidad de la resolución judicial impugnada. Así, se busca que la sentencia de amparo judicial no invalide la resolución recurrida, sino que se limite a fijar la interpretación conforme a la Constitución del derecho o los derechos fundamentales afectados, sin entrar a resolver el asunto controvertido, el cual debe remitirse al juez del fondo para que lo zanje conforme a la interpretación fijada por el órgano contralor. Este último no tendría competencia para dictar una sentencia de reemplazo, lo que dejaría a salvo las potestades jurisdiccionales del tribunal cuya resolución se impugna.

17 SALEM (2019).

Así, por ejemplo, si un tribunal ha fijado una interpretación “A” para el derecho constitucional “X”, en el caso “Y”, el órgano contralor solo deberá pronunciarse sobre la interpretación “A” para el derecho constitucional “X”. La aplicación concreta de ese derecho constitucional al caso “Y”, seguirá siendo del tribunal cuya resolución se impugna, de lo que se sigue que el control constitucional de la interpretación judicial sería de carácter abstracto: solo se pronunciaría sobre el contenido esencial del derecho constitucional.

Esta solución se aparta de la propuesta de Bordalí, en el sentido que este autor propone una especie de súper-casación, de conocimiento del Tribunal Constitucional, que le permita anular el fallo impugnado que vulnera su doctrina en materia de derechos fundamentales, dictando una nueva sentencia que la restablezca¹⁸. Nuestra opinión es que, para que el sistema kelseneano tenga coherencia, es preferible que el órgano contralor de la supremacía constitucional no ejerza, al mismo tiempo, funciones propias de la jurisdicción ordinaria, como sucedería desde el momento que dicta una sentencia de reemplazo. Así, se evitan las ineludibles tensiones que surgen entre Poder Judicial y Tribunal Constitucional, los cuales entrarían a disputarse el ejercicio de la jurisdicción definido en el artículo 76 de la Constitución vigente.

Un segundo aspecto de la acción propuesta sería que esta procedería en contra de interpretaciones judiciales de derechos constitucionales contenidas en un listado taxativo de sentencias definitivas, específicamente, aquellas que dado el conflicto que resuelven se pronuncian sobre derechos fundamentales. Por ejemplo, las sentencias definitivas de protección, amparo (*habeas corpus*), nulidad penal, nulidad laboral, tutela laboral, pudiendo extenderse al recurso de unificación en materia laboral y al recurso de casación en el fondo. En consecuencia, de existir una sentencia que acoge el amparo judicial, el juez del fondo estará obligado a dictar una nueva sentencia de reemplazo, acogiendo la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional.

En cuanto a por qué debería ser el Tribunal Constitucional el órgano más apropiado para conocer de ella, podemos dar las siguientes razones: primero, porque ha sido concebido como un órgano de contra-

18 BORDALÍ (2007), p. 534.

peso a las demás funciones del Estado al garantizar jurisdiccionalmente la supremacía constitucional. A diferencia de los tribunales superiores de justicia que integran el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional está llamado —por su propia función—, no sólo a asegurar la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales, sino que, con mayor fuerza, su dimensión objetiva, lo que se logra especialmente en el control abstracto de constitucionalidad. Sobre este punto afirma Bernal que “el juez constitucional es protector de la coherencia jurídica y a la vez defensor de los individuos; pero la protección subjetiva de estos últimos merece una reflexión importante, cuando las decisiones constitucionales van más allá de las particularidades de los casos concretos, para extender sus efectos a casos similares en beneficio de los intereses generales de la sociedad”¹⁹.

Sumado a la razón anterior, en segundo término, el Tribunal Constitucional resulta el órgano más apropiado para conocer de un amparo contra resoluciones judiciales porque es este órgano el que controla las leyes interpretativas de la Constitución, que son aprobadas por los órganos con representación democrática directa. Luego, con mayor razón debería poder controlar aquellas sentencias judiciales que contienen interpretaciones de la parte dogmática del texto constitucional y que pueden contradecirlo, fortaleciendo el sistema de controles del Estado de Derecho Constitucional.

Por último, el Tribunal Constitucional —a diferencia de la Corte Suprema—, tiene un diseño institucional que le permite relacionarse directamente con los órganos que detentan la representación democrática directa: Presidente de la República, Senado y Cámara de Diputados. Todos ellos poseen, en prácticamente todas las atribuciones que la Constitución le otorga al Tribunal, legitimación activa para intervenir en sus procesos. No sucede lo mismo con la Corte Suprema, cuyo diseño institucional responde al más estricto cumplimiento del principio de separación de funciones. El principio de independencia se encuentra reforzado al afirmar el artículo 76 constitucional que “ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.

19 BERNAL (2008), p. 14.

A lo señalado debe agregarse que el propio Tribunal Constitucional ha instaurado la práctica de convocar a audiencias públicas abiertas a la sociedad, en especial, en los procesos de inconstitucionalidad de la ley, lo que sin duda lo legitima más ante la sociedad²⁰, cuestión que la Corte Suprema no logra en la lógica *inter-partes*.

Finalmente, la creación de una acción de amparo en contra de resoluciones judiciales debe ser sentenciada con efectos generales o *erga omnes* de carácter vinculante para futuros casos, lo que se condice con el carácter de control abstracto de interpretaciones judiciales contrarias a la Constitución. Con ello se cumplen varios fines: (i) la uniformidad y coherencia de la doctrina jurisprudencial de los derechos fundamentales, otorgando seguridad jurídica y respetando el principio de igualdad ante la Constitución; y (ii) evitaría un posible congestionamiento de causas que instrumentalicen la acción como un recurso o para acceder a una “tercera instancia” o “cuarta instancia”. Todo lo anterior se podría complementar con una acción pública —similar a la concebida actualmente respecto de la acción de inconstitucionalidad de la ley—, con la finalidad de modificar un precedente constitucional que resulte, por ejemplo, anacrónico.

En síntesis, la creación de una nueva acción como la descrita permitiría, como se mencionó, diferenciar la competencia de inaplicación de la ley —que ha sido la fuente de tensiones entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema—, de aquel control que sí le correspondería ejercer al primero sobre los tribunales de justicia y que subrepticamente se ha estado manifestando a través de la inaplicabilidad al ser utilizada por los litigantes como un amparo en contra de resoluciones judiciales.

Finalmente, respecto a la pregunta de cómo garantizar el efecto vinculante de la sentencia de amparo contra resoluciones judiciales —y también las estimatorias de inaplicabilidad—, la respuesta es que debería ser una causal específica de acusación constitucional en contra de los integrantes de los Tribunales Superiores de Justicia, procediendo en los demás casos el recurso de queja. El mismo TC debería quedar facultado para oficiar a la Cámara de Diputados, acompañando los antecedentes del caso, a fin de que se pronuncie sobre la admisibilidad de la acusa-

20 Ver PEÑA (2011), pp. 57-86.

ción. Otra alternativa sería entregar al Senado la atribución de resolver las contiendas de competencia que surjan entre Tribunal Constitucional y Corte Suprema.

En relación con la inaplicabilidad, la depuración de su naturaleza jurídica contribuirá a evitar que en la práctica el Tribunal Constitucional la ejerza como un control a la jurisdicción ordinaria, obligándolo a razonar desde un discurso de justificación legislativa y no en un discurso aplicativo propio del juez del fondo. Este solo hecho debería contribuir a eliminar las tensiones entre ambas jurisdicciones desde el punto de vista del reparto de competencias y, por ende, el desacato que se produce de las sentencias estimatorias de inaplicabilidad, particularmente de parte de la Corte Suprema.

Bibliografía citada

- ALDUNATE, Eduardo (2007): “La reforma constitucional del año 2005 desde la Teoría del Derecho y la Teoría de la Constitución”, *Revista de Derecho Público*, vol. 69, pp. 35-44.
- ATRIA, Fernando (2001): “Inaplicabilidad y coherencia. Contra la ideología del legalismo”, *Revista de Derecho Universidad Austral*, vol. 12, pp. 119-156.
- BERNAL, Natalia (2008): “Análisis crítico de la separación estricta de los modelos de justicia constitucional para la protección de los derechos fundamentales en Francia y Alemania”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 9: pp. 3-15.
- BERTELSEN, Raúl (1985): “La jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el recurso de inaplicabilidad (1981-1985)”, *Revista de Derecho Público*, N° 37-38: pp. 167-185.
- BORDALÍ, Andrés (2007): “La unidad en la interpretación jurisdiccional de los derechos fundamentales: Una tarea pendiente en el derecho chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 3: pp. 517-538.
- BULNES, Luz (1993): “Análisis de la última jurisprudencia sobre el recurso de inaplicabilidad”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, pp. 519-525.
- CAZOR, Kamel y PICA, Rodrigo (2009): “Tribunal Constitucional y control concreto en Chile: ¿evolución hacia un amparo imperfecto?”, *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 3: pp. 13-39.
- CEA, José Luis (1998-1999): “Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional”, *Revista de Derecho Público*, N° 61: pp. 17-28.

- CORREA, Jorge (2011): *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, (Santiago, AbeledoPerrot).
- COUSO, Javier y CODDOU, Alberto (2010): “La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente”, *Estudios Constitucionales*, vol. 8, N° 2: pp. 389-430.
- FIAMMA, Gustavo (1998): “El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (Antecedentes contenidos en las Actas Oficiales)”, *Gaceta Jurídica*, vol. 13, N° 94: pp. 3-14.
- GÓMEZ, Gastón (2005): “La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional”, en ZÚNIGA, Francisco (edit.), *Reforma constitucional* (Santiago, Lexis Nexis).
- HORMAZÁBAL, Hernán (2006): *El nuevo Tribunal Constitucional. Los derechos fundamentales y el moderno recurso de inaplicabilidad* (Santiago, Lexis Nexis).
- MARTÍNEZ, José Ignacio (2011): “La cuestión de inaplicabilidad como mecanismo de control de interpretación de preceptos legales”, en ARANCIBIA, Jaime, MARTÍNEZ, José Ignacio y ROMERO, Alejandro (coord.), *Litigación Pública. Colección Estudios de Derecho Público* (Santiago, Universidad de Los Andes) pp. 377-396.
- NÚÑEZ, Manuel (2012): “Desaplicación e inaplicación jurisdiccional de las leyes en Chile: Ejercicio de la jurisdicción y control concreto de constitucionalidad”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, vol. 19, N° 2: pp. 191-236. DOI: 10.4067/s0718-97532012000200007.
- PEÑA, Marisol (2011): *Aportes del Tribunal Constitucional de Chile al Estado de Derecho y a la Democracia* (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 47).
- PICA, Rodrigo (2012): *Control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley en Chile: Los procesos de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de competencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Ediciones Jurídicas, segunda edición).
- SAENGER, Fernando (2003): “Veinte años del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 7: pp. 401-462.
- SALEM, Catalina (2017): “Integración del Tribunal Constitucional: Un análisis crítico al sistema de designación actual”, *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, N° 11: pp. 69-86.
- SALEM, Catalina (2016): “¿Quién controla al supremo intérprete de la Constitución? Una propuesta a partir de la integración del Tribunal Constitucional chileno”, *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, segunda época, año IV, N° 2: pp. 143-165.

- SALEM, Catalina (2019): “Nuevas acciones constitucionales: el amparo de derechos fundamentales contra resoluciones judiciales”, en AGUILAR, Gonzalo (coord.), *Nuevos derechos para una nueva Constitución* (Santiago, Tirant lo Blanch) pp. 105-120.
- SALAS, Ricardo (2018): “Una reconstrucción dogmática de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Las inaplicabilidades propia e impropia, la legislación negativa singular, el control preventivo de constitucionalidad de las sentencias y la equidad constitucional”, *Estudios Constitucionales*, vol. 16, N° 1: pp. 187-226. DOI: 10.4067/S0718-52002018000100187.
- SILVA, Luis Alejandro (2014): “La dimensión legal de la interpretación constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N° 2: pp. 437-471. DOI: 10.4067/s0718-34372014000200004.

Jurisprudencia Citada

- CONFEDERACIÓN NACIONAL DE FUNCIONARIOS CON TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019): Corte Suprema, 7 de octubre de 2019 (acción de protección), Rol N° 21.027-2019.

Documentos citados

- BRIONES ROJAS, Ignacio; ANINAT SAHLI, Isabel; CANESSA ZAMORA, Martín; CORDERO VEGA, Luis; DE LA FUENTE GONZÁLEZ, Gloria; FERNANDOIS VÓHRINGER, Arturo; GAJARDO FALCÓN, Jaime; GARCÍA GARCÍA, José Francisco; GÓMEZ BERNALES, Gastón; GONZÁLEZ BAÑADOS, Natalia; HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam; NAVARRO BELTRÁN, Enrique; SOTO BARRIENTOS, Francisco; RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo; ZAPATA LARRAÍN, Patricio y ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2019): “Informe Final. Grupo de Estudio de Reforma al Tribunal Constitucional. 25 propuestas para un Tribunal Constitucional del siglo XXI”. Disponible en: <https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2019/07/Informe-Final-Grupo-Estudio-Reforma-al-TC-PUBLICADO.pdf>. Fecha de consulta: 16 de junio de 2020.
- CORTE SUPREMA (2019): “Cuenta Pública Presidencia Corte Suprema. Discurso del Presidente de la Corte Suprema señor Haroldo Brito Cruz”. Disponible en: <https://www.pjud.cl/documents/10179/14380614/Cuenta+P%C3%BAblica+Presidencia+Corte+Suprema+2019/91152635-4d48-4a8e-a616-7450093157ec>. Fecha de consulta 30 de abril de 2020.
- CORTE SUPREMA (2020): “Cuenta Pública Presidencia Corte Suprema. Discurso del Presidente de la Corte Suprema señor Guillermo Silva Gundelach”. Disponible en: <https://www.pjud.cl/documents/10179/18948703/0.+Dis->

curso+Sr.+Presidente.pdf/a44f125a-1111-463d-8cdb-258d0cc11aad.

Fecha de consulta: 4 de mayo de 2020.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2019): “Cuenta Pública de la Presidenta del Tribunal Constitucional”. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/Cuenta-P%C3%BAblica-2019.pdf>. Fecha de consulta: 4 de mayo de 2020.

UN GOBIERNO JUDICIAL PARA UN NUEVO ESTADO DE DERECHO

CRISTIÁN VILLALONGA TORRIJO¹ Y NICOLÁS FRÍAS OSSANDÓN²

I. Antecedentes generales de diagnóstico

Es necesario preguntarse por qué se requiere revisar las estructuras del gobierno y organización de los tribunales dentro del actual proceso constituyente. En nuestro país, al menos, las estructuras de gobierno judicial han permitido conservar un grado relevante de independencia de la judicatura. En efecto, elementos significativos de su diseño institucional —como, por ejemplo, su proceso de designación, el régimen de responsabilidad disciplinaria, o la imposibilidad de establecer tribunales con oficios proveídos temporalmente de manera indefinida—, han permitido que en Chile la judicatura siga caminos que la han mantenido al margen de la abierta politización que puede ser observada en otros países de la región³.

Sin embargo, pese a los logros de la independencia judicial y de cierta percepción de buen servicio entre las personas que recurren regularmente al proceso judicial, los tribunales padecen la misma crisis de legitimidad que otras instituciones republicanas. Aun cuando aquella crisis obedece a causas más amplias —que no resulta pertinente analizar en este texto— creemos que en lo que a la judicatura se refiere, la des-

-
- 1 Abogado. Doctor en *Jurisprudence and Social Policy* por la Universidad de California, Berkeley. Profesor asistente del Departamento de Fundamentos del Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección electrónica: cvillalt@uc.cl
 - 2 Abogado. Magíster en Derecho por la Universidad de California, Los Ángeles (UCLA). Profesor instructor adjunto del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección electrónica: njfrias@uc.cl
 - 3 Ver, por ejemplo, CASTAGNOLA (2017).

confianza tiene que ver con una estructura judicial que se ve anclada en un modelo de Estado de Derecho que ha ido quedando atrás. Mientras el Estado se ha modernizado en torno a nuevas pautas de transparencia, acreditación de competencias de sus miembros, y mecanismos de designación que asumen una visión más realista, la judicatura es percibida como una organización que no ha podido incorporar adecuadamente los nuevos estándares del proceso de modernización⁴.

Como **primer elemento de diagnóstico** del Poder Judicial, es posible constatar una especie de “opacidad de las estructuras del gobierno judicial”. Esta percepción, relacionada con la legitimidad de la judicatura para ejercer su función, resulta en cierto modo paradójal. Por una parte, existen adecuados índices de satisfacción con la labor jurisdiccional entre quienes son usuarios de los tribunales. Por ejemplo, el estudio de la Pontificia Universidad Católica de Chile (2018) sobre la administración de justicia muestra un alto grado de satisfacción por parte de todos los usuarios, tanto abogados como no abogados, quienes califican de forma muy positiva su experiencia y el tratamiento recibido⁵. Sin embargo, al mismo tiempo, el estudio *Government at Glance* (2017), realizado por la OCDE, indicó que solo el 15% de los ciudadanos expresa confianza en el sistema judicial, siendo el servicio público peor evaluado, muy por debajo del 55% del promedio de los países OCDE⁶. Asimismo, los estudios de Leturia y Cavieres (2012), y Horst y Cid (2019)

4 Dicha percepción, común en los países de la región, ha sido destacada por la literatura por lo menos desde comienzos de este siglo. Ver, por ejemplo, UNGAR (2001).

A mayor abundamiento, y particularmente en el caso chileno, Andrés Bello ya señalaba esta percepción en algunas de sus editoriales en *El Araucano*. Así, en la editorial de noviembre de 1830 afirmaba que “uno de los defectos que notamos en nuestros juzgados y que nos parece enteramente incompatible con la naturaleza de los gobiernos representativos, en que la justicia se administra a nombre del pueblo, es la poca o ninguna publicidad de los juicios. Si nada congenia más con el despotismo que el misterio, la publicidad de todas las operaciones de los mandatarios del pueblo es el carácter propio de los gobiernos populares y libres (...)” (BELLO, 2010, p. 94).

5 PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE, PROGRAMA REFORMAS A LA JUSTICIA UC (2017): *Estudio Modelo Orgánico para la Nueva Justicia*, solicitado por la Dirección de Estudios de la Corte Suprema.

6 DIRECCIÓN DE ESTUDIOS CORTE SUPREMA (2017) p. 11.

advierten sobre la percepción de corrupción del Poder Judicial por parte de la ciudadanía. Si bien los estudios internacionales muestran una baja percepción de corrupción respecto del resto de América Latina, las encuestas nacionales revelan que los tribunales de justicia son considerados entre las instituciones más corruptas del país⁷.

Como **segundo orden de diagnóstico, es posible observar en la literatura que la actual organización de la judicatura se encuentra estructurada en base a una visión anquilosada sobre el funcionamiento del sistema legal**. En esta, el derecho funciona de una manera únicamente autónoma, en que los jueces de tipo burocrático que desarrollan toda su carrera en la judicatura pueden simplemente aplicar la ley de manera neutral, y que en sus razonamientos son conducidos por consideraciones puramente dogmáticas. Aquella organización, que se consolida entre la segunda mitad del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, ha evidenciado una serie de puntos ciegos que es necesario abordar, como la falta de independencia interna, mecanismos de designación de sus altos tribunales que no explicitan todos los criterios en el proceso de toma de decisión por parte de las autoridades políticas, una definición reduccionista de las competencias judiciales, y mecanismos prácticamente inexistentes para la evaluación de desempeño.

Así, una crítica frecuente, tanto entre académicos como entre intervinientes en los procedimientos, se refiere a los sistemas de nombramiento, promoción, evaluación y sanciones de los jueces. Los Tribunales Superiores (Corte Suprema y Cortes de Apelaciones) concentran las atribuciones respecto a estos cuatro puntos, lo que ha sido visto por distintos autores como un riesgo para la independencia interna de los integrantes del Poder Judicial, que tendrán un fuerte incentivo en seguir acríticamente las decisiones de las cortes respectivas para evitar problemas al momento de la calificación —aunque en la práctica, los jueces suelen ser bien evaluados independiente de sus resoluciones—⁸.

7 LETURIA y CAVIEDES (2012) p. 15. En la encuesta sobre Corrupción realizada por HORST y CID (2019), los tribunales de justicia se situaron en el 7° lugar de las instituciones percibidas como más corruptas, dentro de un total de 22 que dicho instrumento viene evaluando.

8 HILBINK (2007). Entre otros, ALDUNATE (2007); BORDALI (2013); y GARCÍA y MANCUSI-UNGARO (2007).

Se identifican como principales problemas la falta de claridad y transparencia en los procesos de evaluación y disciplina, que muchas veces se confunden entre sí. Pese a que se ha intentado incorporar la evaluación de metas de gestión, al parecer predominan criterios subjetivos, no existen adecuados mecanismos para evaluar y tampoco exactitud respecto de las conductas reprochables ni las sanciones asociadas a éstas —por ejemplo, se extrae de la Constitución que los jueces pueden ser removidos por “mal comportamiento”, pero no se define qué constituye una conducta de este tipo—⁹.

Como tercer elemento diagnóstico, **es posible apreciar deficiencias en los procesos de nombramientos en toda la escala judicial, y en algunos casos, una falta de competencias adecuadas en los estratos iniciales de la judicatura ordinaria**. Posiblemente, los problemas de déficit de información en el proceso de calificaciones y de falta de independencia interna producirían directamente aquellas deficiencias. Ellas contrastan con sistemas de nombramientos más refinados y más capacidades institucionales que han ido estableciéndose en los tribunales especializados, en los que los procesos de modernización han resultado más fáciles de implementar, pues no existe una inercia organizacional¹⁰. Debido a la natural comparación que suscita la experiencia de aquellos sectores de la actividad judicial que se han modernizado más rápidamente, consideramos el planteamiento de dos grandes interrogantes,

9 GARCÍA Y MANCUSI-UNGARO (2007) y BORDALÍ (2013).

10 La creación de diversos tribunales especializados, tanto dentro como fuera del Poder Judicial, ha traído consigo la innovación en los sistemas de nombramiento, incorporando organismos técnicos a dichos mecanismos.

Un ejemplo son los Tribunales Tributarios y Aduaneros, en que la búsqueda de magistrados comienza por un concurso público administrado por el sistema de Alta Dirección Pública. Dicho proceso incluye un análisis de admisibilidad, análisis curricular, evaluación psicosocial y entrevistas, y luego la etapa en que el Consejo de la Alta Dirección Pública elabora una nómina de cinco a diez postulantes, que envía a la Corte de Apelaciones respectiva, para que elabore la terna, previa audiencia con cada nominado.

Otro caso es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, integrado por cinco ministros. El presidente es designado por el Presidente de la República de una quina elaborada por la Corte Suprema; de los cuatro restantes, dos son designados por el Consejo del Banco Central previo concurso público, y los otros dos, por el Presidente de la República a partir de dos ternas confeccionadas por el Consejo del Banco Central

que a la vez son desafíos, para el gobierno judicial: (i) de qué manera es posible incorporar gradualmente sistemas de selección más adecuados para dar cuenta de las competencias; (ii) cómo regular, si resultare pertinente, la supervigilancia de los altos tribunales respecto de los tribunales especializados.

Las deficiencias destacadas anteriormente resultan enormemente problemáticas en el actual contexto político. Por distintos motivos, nuestro ordenamiento se ha ido plagando de principios interpretativos y aplicación de derechos, muchas veces sin una cultura robusta en la aplicación de tests de razonamiento que conduce a abrir espacios de discrecionalidad. Por otra parte, tanto en Chile como a nivel comparado han aparecido tribunales de distinto tipo que requieren de un *expertise* que excede con creces el conocimiento dogmático, desde tribunales de tratamiento de drogas¹¹ hasta aquellos que lidian con complejos asuntos económicos y ambientales. Finalmente, durante las últimas décadas, los nuevos programas de reformas a la justicia han incorporado nuevos estándares para la actividad judicial. Por ejemplo, ellos buscan incorporar crecientes elementos de *accountability* que suministre transparencia a quienes son, y cómo resuelven, los magistrados —por ejemplo, los Principios de Bangalore, o los distintos documentos que buscan fijar estándares de excelencia en el trabajo judicial—¹². Todos estos elementos de contexto, contrastados con las deficiencias antes señaladas, acentúan la percepción de una especie de asincronía entre las estructuras judiciales y la nueva etapa del proceso de modernización.

II. Debido proceso y Gobierno Judicial

La necesidad de reformar la judicatura según nuevos requerimientos no se reduce a constatar o incorporar elementos de desarrollo político u organizacional. Tras ella existe una profunda razón normativa. En el fon-

11 La información sobre este programa del Poder Judicial está disponible en este link: <http://ttd.pjud.cl/ttd/>

12 Ver, por ejemplo, International Framework for Courts Excellence, 2008, 2012, 2014. Ver también los Principios de Bangalore sobre Conducta Judicial (2002): https://www.judicialintegritygroup.org/images/resources/documents/ECO-SOC_2006_23_Engl.pdf

do, la organización de los tribunales busca que la función jurisdiccional cumpla con rigurosos criterios de derecho al debido proceso como un derecho humano fundamental, cuyo contenido se ha ido afinando jurisprudencialmente en las últimas décadas.

En efecto, cada tribunal del país ejerce jurisdicción en sentido pleno y originario¹³, con sujeción a aquellos elementos mínimos que espera todo justiciable que accede a un sistema de administración de justicia, que componen lo que la tradición jurídica denomina debido proceso. Así, siguiendo la concepción y finalidad humanista de la Constitución como manifestación del principio de primacía de la persona humana¹⁴, cada tribunal debe actuar “respetando y promoviendo” los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (...) garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”¹⁵.

Dentro de dichos **derechos esenciales**, destaca aquel contenido en el artículo 8º, número 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH”), que establece que:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley (...) para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (énfasis agregado)¹⁶.

13 Siguiendo a Bordalí, en nuestro país se concibe al Poder Judicial chileno como un poder difuso, toda vez que el artículo 76 de nuestra Carta Magna le confiere el ejercicio de la jurisdicción “exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”, y no a un órgano determinado. Lo anterior, siguiendo el mismo criterio contenido en el artículo 80 de la Constitución Política del año 1925 y en el artículo 108 de la Constitución Política del año 1833; y a diferencia de lo dispuesto en la Constitución Política del año 1818, cuyo primer artículo del capítulo primero del Título V “De la Autoridad Judicial”, disponía —con similitudes de la sección I del artículo III de la Constitución Política de los Estados Unidos—: “Reside la autoridad judicial en el Supremo Tribunal Judiciario”.

14 Así ha sido recogido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, STC 2747, considerandos undécimo y duodécimo; STC 2801, considerandos undécimo y duodécimo, entre otros.

15 Constitución Política de la República, artículo 5, inciso segundo.

16 Similar redacción se encuentra en el artículo 14 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Ahora bien, es preciso detenerse en **cuatro garantías** que inciden en el justiciable y que componen aquellos elementos presentes desde el punto de vista de sus expectativas más básicas al momento de acercarse a un tribunal buscando tutela judicial efectiva: el derecho a ser oído, el derecho a una resolución motivada, el derecho a la igualdad de armas o igualdad procesal y el derecho a un proceso público.

En particular, relativo al **derecho a ser oído**, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante también “CIDH”, ha mencionado que “ese derecho implica, por un lado, un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales —tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba—. Por otra parte, ese derecho abarca un ámbito de protección material que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido. Esto último no significa que siempre deba ser acogido, sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido”¹⁷.

A su vez, en lo relacionado al **derecho a una resolución motivada**, la CIDH ha sostenido que “la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática”¹⁸. Incluso, la CIDH se ha pronunciado respecto de aquellas situaciones en que los tribunales actúan de plano, exigiendo en todo caso un nivel de fundamentación y motivación que demuestre ponderación adecuada de

17 *BARBANI DUARTE Y OTROS VS. URUGUAY* (2011).

18 *APITZ BARBERA Y OTROS (“CORTE PRIMERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”) VS. VENEZUELA* (2008).

En otro caso, la CIDH sostuvo que “la motivación **demuestra a las partes que estas han sido oídas y**, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso” (*APITZ BARBERA Y OTROS (“CORTE PRIMERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”) VS. VENEZUELA, 2018*).

los elementos que justifican la decisión adoptada. Así, la mencionada Corte ha declarado que “en los procedimientos cuya naturaleza jurídica exija que la decisión sea emitida sin audiencia de la otra parte, la motivación y fundamentación deben demostrar que han sido ponderados todos los requisitos legales y demás elementos que justifican la concesión o la negativa de la medida. De ese modo, el libre convencimiento del juez debe ser ejercido respetándose las garantías adecuadas y efectivas contra posibles ilegalidades y arbitrariedades en el procedimiento en cuestión”¹⁹.

Por último, en lo relacionado con el **derecho a la igualdad de armas o igualdad procesal** como integrante del debido proceso —contemplada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución en concordancia con lo dispuesto en el artículo 14.1 del PIDCP²⁰— es preciso considerar que la misma apunta a que las partes reciban un trato equivalente por parte del tribunal y se le apliquen las mismas reglas procesales. Así, para lo anterior, el proceso judicial regula de manera equitativa las facultades, oportunidades, obligaciones y cargas de las partes en el proceso²¹.

En el contexto de las últimas décadas, estos criterios solo pueden ser cumplidos, al menos dentro de rangos aceptables, si el gobierno judicial es capaz de proveer mayores índices de **transparencia, independencia interna y capacidades institucionales** que asuman los estándares propios de un Estado de Derecho 2.0. Por ejemplo, en lo relacionado con la garantía de ser oído y de fundamentación de las sentencias, es necesario que se desarrolle en el marco de un órgano que ejerza jurisdicción con capacidades institucionales idóneas que le permitan una adecuada aprehensión en los hechos y en el derecho de las pretensiones del justiciable y un pausado, razonado y acertado ejercicio y raciocinio jurisdiccional. Asimismo, el derecho a acceder a un juez imparcial necesariamente implica resolver algunos problemas propios de la falta de independencia judicial a nivel interno.

19 ESCHER Y OTROS VS. BRASIL (2009).

20 Artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia”.

21 COUTURE (2016) p. 152.

III. Propuestas y ajustes

Lo expuesto no significa abandonar todo lo bueno que la actual estructura del gobierno judicial ha logrado. La experiencia muestra que las reformas rupturistas en este ámbito no han tenido buen término. Es así como la creación de consejos de las magistraturas, que buscaban instituir mayores niveles de independencia y *accountability*, en naciones como España, Italia, Brasil y Argentina, han terminado siendo capturadas por grupos políticos como por grupos de interés dentro de la misma magistratura²². En efecto, en jurisdicciones similares a la nuestra, la práctica ha demostrado un negativo impacto de estos organismos, reduciendo la independencia externa del Poder Judicial por su rápida politización, burocratización y corporativización²³; y al mismo tiempo, afectando igualmente la independencia interna. Un ejemplo es el caso de España, en que el Consejo General del Poder Judicial ha sido duramente criticado por los académicos. Alejandro Nieto ha apuntado a este organismo como uno de los responsables del “desgobierno judicial”, al haber sido completamente atrapado por los partidos políticos que se reparten las vacantes judiciales como un botín del que todos se llevan una tajada, y llega a señalar que el Poder Judicial en la actualidad no es independiente; “este organismo que fue creado para asegurar la intangibilidad de los jueces se ha convertido en un instrumento para su envilecimiento”, señala²⁴.

De esta manera, proponemos mantener la actual redacción de los artículos 76 y siguientes sobre Poder Judicial²⁵, e incorporar algunas normas y orientaciones a nivel constitucional para efectos de sentar las bases de futuros ajustes de su diseño. Estos no buscan crear un nuevo órgano que reemplace por completo a la Corte Suprema en esta materia, sino de avanzar hacia procesos de nombramiento, calificación, promo-

22 BRINKS (2005).

23 GARCÍA y MANCUSI-UNGARO (2007) p. 111.

24 NIETO (2010) p. 115

25 Es preciso hacer notar que tanto la estructura como buena parte de la regulación del capítulo VI de la Constitución sobre el Poder Judicial se ha mantenido desde los ensayos constitucionales previos a la Constitución de 1833 hasta el texto actualmente vigente.

ción y sanción más rigurosos, claros y transparentes²⁶. Así, creemos que es conveniente recoger como punto de partida nuestra organización judicial actualmente existente, y ajustarla en la línea del Estado de Derecho 2.0. Por consiguiente, planteamos ajustes en tres sentidos:

- (i) Introducir algunos elementos de *accountability* de una manera que resulte compatible con la independencia judicial interna y externa.
- (ii) Un sistema de entrada que amplíe las competencias que posean los jueces.
- (iii) Realizar algunas precisiones que permitan la flexibilidad de algunos procesos de revisión en los altos tribunales y fortalezcan sus capacidades institucionales.

Por cierto, y según pasaremos a revisar a continuación, se trata de fijar estándares constitucionales que serán concretados por el legislador, y que no pretenden ser afinados dentro de un modelo de Carta Fundamental.

1. Incorporación elementos de *accountability*

a) *Evaluación y calificación*

Uno de los principales puntos ciegos respecto de la falta de transparencia del gobierno judicial, es la ausencia de información apropiada en los procesos de calificación. Dicha falta de información es un obstáculo para que las autoridades políticas y la ciudadanía participen o se informen adecuadamente en los procesos de selección de los magistrados de los altos tribunales. Asimismo, esta falta de información crea oportunidades para un ejercicio de discrecionalidad que pueden afectar la independencia judicial a nivel interno²⁷. Pero inclusive, si existe una fuerte independencia judicial interna, los estudios empíricos indican que esta puede convertirse en una variable asociada a la corrupción, la que proponemos controlar a través de algunas medidas de *accountability*²⁸. Pese

26 MATEOS (2018) pp. 151. En este sentido, nuestra propuesta difiere de otras alternativas que buscan el establecimiento de un Consejo Superior de la Jurisdicción a cargo de nombramientos y tareas disciplinarias. Ver, por ejemplo, BORDALÍ (2018) pp. 924-925 y BECERRA (2018) 927-963.

27 VILLALONGA (2018).

28 Ver, por ejemplo, RÍOS-FIGUEROA (2012).

a que la regulación de esta materia es fundamentalmente de carácter legal, creemos conveniente incorporar como orientación constitucional la siguiente disposición:

“La ley orgánica constitucional sobre atribución de los tribunales establecerá medios idóneos para la calificación del desempeño judicial. Dichos medios deberán atender, de manera variable según la función individual de cada juez dentro de la judicatura, a lo menos a la eficiencia en la administración de justicia y la coherencia en los criterios para la dictación de las sentencias a lo largo del tiempo. Los resultados de los procesos de calificación y las principales consideraciones para arribar a la misma serán públicos”.

b) *Principio de justicia abierta (Open Justice)*

Asegurar la publicidad de la administración de justicia es uno de los principales desafíos para efectos de mantener altos estándares de transparencia judicial. Desde los últimos 10 años, el Poder Judicial ha venido dado pasos muy importantes para asegurar el acceso a la información a los procesos y otra información relevante. Sin embargo, ello ha sido ejecutado básicamente a partir de autos acordados y normas administrativas internas del Poder Judicial. Nada obsta, sin embargo, en que futuros contextos políticos esta situación se vea alterada.

Por ello, proponemos que el principio de acceso a la información judicial, que en parte corresponde al principio que en el derecho anglosajón se conoce como *Open Justice*, sea incorporado a nivel constitucional, mediante una redacción del siguiente tenor²⁹:

“Con el objeto de promover una adecuada transparencia en la administración de justicia, el Poder Judicial dispondrá de los medios para el acceso público a las actuaciones judiciales. La ley orgánica constitucional sobre atribución de los tribunales establecerá las excepciones a dicha publicidad basada en la Seguridad Nacional, en el mejor interés de la persecución criminal o en un eventual daño irreparable a la vida privada”.

29 SPIGELMAN (2006).

2. Un sistema de entrada que amplíe las competencias que posean los jueces

Actualmente, la selección y competencias de los jueces es un asunto que resulta controversial. Tanto debido a la temprana entrada en la carrera judicial, la falta de información sobre las calificaciones, y la limitación de los elementos considerados para efectos del nombramiento de los jueces, estimamos pertinente revisar algunos aspectos del procedimiento de nombramiento judicial establecidos en el actual artículo 78 de la CPR. Aquella revisión incluye:

- (i) Incorporar mecanismos de selección de Alta Dirección Pública, como etapa previa a la selección de los magistrados por las autoridades políticas, respecto de todos los jueces³⁰.
- (ii) La proposición de las ternas y quinas propuestas por el Poder Judicial al Ejecutivo deberá realizarse mediante resolución que exponga los méritos de las personas propuestas.
- (iii) Limitar el tiempo para la provisión de los oficios judiciales vacantes (y la correspondiente discusión sobre su designación en el Ejecutivo y el Senado).

3. Realizar algunas precisiones que permitan la flexibilidad de algunos procesos de revisión en los altos tribunales y fortalezcan sus capacidades institucionales

a) *Autonomía financiera del Poder Judicial*

Sin duda, uno de los principales medios a través de los que el poder político habitualmente intenta tener influencia sobre la actuación de los tribunales, es a través de la asignación de su presupuesto. Por ejemplo, durante mediados del siglo XX, la judicatura de nuestro país vio progresivamente la reducción de su presupuesto en comparación con el PIB

30 Un ejemplo son los Tribunales Tributarios y Aduaneros, en que la búsqueda de magistrados comienza por un concurso público administrado por el sistema de Alta Dirección Pública; tras un análisis de admisibilidad, análisis curricular, evaluación psicosocial y entrevistas, el Consejo de la Alta Dirección Pública elabora una nómina de cinco a diez postulantes, que envía a la Corte de Apelaciones respectiva, para que elabore la terna, previa audiencia con cada nominado.

como parte de su transformación en una oficina burocrática de limitada incidencia política³¹. Por ello resulta relevante explorar, como un principio de orden constitucional, la autonomía financiera del Poder Judicial.

b) Intangibilidad de las remuneraciones judiciales

En relación con lo anterior, es posible que en un ambiente políticamente complejo se pueda pretender disminuir las remuneraciones judiciales, en circunstancias en que exista o no consagración de la autonomía financiera. Por ello, una de las disposiciones a explorar es la intangibilidad de las remuneraciones judiciales en razón de los fallos que los jueces dictasen o de cualquier otra consideración. Por cierto, ello no obsta a otras reformas de rango legal que puedan resultar convenientes, como la separación entre el aumento de las remuneraciones y el rango dentro de la jerarquía judicial³².

c) Selección de conocimiento de causas por los altos tribunales

Uno de los grandes inconvenientes que poseen los altos tribunales es la gran cantidad de recursos judiciales que reciben para efectos de su revisión. Sin duda, recientemente los nuevos procedimientos han avanzado hacia la eliminación de los recursos de apelación, reduciendo la posibilidad de impugnar las sentencias vía recursos a situaciones excepcionales. Para efectos de fortalecer la capacidad de que la Corte Suprema seleccione el número de causas que conoce, y se concentre en la argumentación de casos relevantes proponemos complementar el actual inciso segundo del artículo 76 en el sentido que señalamos a continuación:

Art. 76, inciso segundo: “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión. **Ello no obsta, sin embargo, a que la ley que regula la interposición de recursos judiciales permita a la Corte Suprema la selección de las causas que**

31 HILBINK (2007).

32 Ver, por ejemplo, Constitution Act 1986. New Zeland. Sec. 24.

conociere, mientras ello no vulnerare el principio de doble instancia judicial”.

Finalmente, se advierten otras materias que podrían ser revisadas en el contexto de un debate más amplio sobre la estructura judicial. Entre ellas destaca, por ejemplo:

- (i) La posibilidad de limitar el periodo de ejercicio de los altos tribunales a 10 años, con renovación automática salvo decisión motivada de 2/3 del Congreso y el Ejecutivo (modelo de Costa Rica)³³.
- (ii) Constitucionalizar la garantía de permanencia en el cargo mientras posean buen comportamiento. Tal como se encuentra actualmente, sin perjuicio de lo que se disponga en la regulación del proceso de calificación (ver 3.1.a).

Bibliografía citada

- BECERRA POBLETE, Pablo (2018): “Reformas al gobierno judicial: elementos de análisis”, en RIVERO HURTADO, Renée y MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos (dir.), *Reformas Necesarias a la Justicia Chilena*, Tomo II (Santiago, Librotecnia) pp. 927-966.
- BELLO, Andrés (2010): *Textos Fundamentales. Construcción de Estado y Nación de Chile* (Santiago, Cámara Chilena de la Construcción).
- BORDALÍ, Andrés (2018): “La jurisdicción en una nueva Constitución”, en RIVERO HURTADO, Renée y MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos (dir.), *Reformas Necesarias a la Justicia Chilena*, Tomo II (Santiago, Librotecnia) pp. 909-926.
- BRINKS, Daniel (2005): “Judicial Reform and Independence in Brazil and Argentina: the beginning of a new millennium?”, *Texas International Law Journal*, vol. 40, N° 3: 525-622.
- CASTAGNOLA, Andrea (2017): *Manipulating Courts in New Democracies: Forcing Judges off the Bench in Argentina* (New York, Routledge).
- COUTURE, Eduardo (2016): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, Editorial B de F, cuarta edición).
- DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE LA CORTE SUPREMA (2017): *Modelo Orgánico para la Nueva Justicia. Estudio licitado Informe final*. Pontificia Universidad Católica de Chile (Santiago, Dirección de Estudios de la Corte Suprema).
- HILBINK, Lisa (2007): *Judges beyond Politics in Dictatorship and Democracy. Lessons from Chile* (New York, Cambridge University Press).

33 Artículo 158, Constitución de Costa Rica (Reforma de 2003).

- HORST VON T, Bettina y CID, Javiera (2019): *Encuesta de corrupción 2019* (Santiago, Libertad y Desarrollo, serie informe Sociedad y Política).
- LETURIA, FRANCISCO J. y CAVIEDES, CRISTÓBAL (2012): *Poder Judicial En Chile. Percepción de corrupción y deficiencias estructurales* (Santiago, Libertad y Desarrollo, serie Informe Justicia).
- RIOS-FIGUEROA, JULIO (2012): "Justice System Institutions and Corruption Control: Evidence from Latin America", *The Justice System Journal*, vol. 33, N° 2: 195-214.
- SPIGELMAN, James Jacob (2006): "The Principle of Open Justice: A Comparative Perspective", *The University of New South Wales Law Journal*, vol. 29, N° 2: 147-166.
- UNGAR, Mark (2001): *Elusive Reform: Democracy and the Rule of Law in Latin America* (Boulder, Lynne Rienner).
- VILLALONGA TORRIJO, Cristián (2018): "Judicial Independence and Accountability in Latin America: The Challenges of Assessing the Judges' Performance" (Berkeley, The Robbins Collection Seminars, University of California) Disponible en: <https://www.law.berkeley.edu/research/the-robbins-collection/judicial-independence-and-accountability-in-latin-america-the-challenges-of-assessing-the-judges-performance/>

Jurisprudencia citada

- APIZ BARBERA Y OTROS ("CORTE PRIMERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO") VS. VENEZUELA. EXCEPCIÓN PRELIMINAR, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.
- BARBANI DUARTE Y OTROS VS. URUGUAY. FONDO REPARACIONES Y COSTAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234.
- ESCHER Y OTROS VS. BRASIL. EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.

Nuestro país se encuentra actualmente en un inédito proceso de redacción de una nueva Constitución Política. En ese contexto, cabe recordar que la preservación y el reforzamiento de un Poder Judicial independiente y, en general, de órganos jurisdiccionales y de justicia constitucional robustos, imparciales y dotados de autoridad son una de las condiciones indispensables para tutelar efectivamente los derechos de las personas. La misma Declaración Universal de los Derechos Humanos expresa que el “imperio de la ley” o “Estado de Derecho” constituye la piedra angular para resguardar y fortalecer el ejercicio y goce de los derechos humanos.

Así, los seis artículos que se presentan en este libro buscan dar respuesta a dicho escenario. Desde diversas perspectivas, los textos profundizan en aquellos pilares centrales del Estado de Derecho, específicamente en los distintos aspectos vinculados al Poder Judicial, al Ministerio Público y al Tribunal Constitucional de cara a las próximas décadas. El libro incluye reflexiones sobre la inclusión de la garantía del debido proceso, la regulación de aspectos orgánicos y funcionales tanto del Ministerio Público como del Tribunal Constitucional, así como las normas propias de gobierno y carrera judicial al alero del Poder Judicial, entre otros.

Los autores son todos profesores de distintas especialidades de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Convocados por el Programa Reformas a la Justicia UC, participaron de encuentros mensuales durante todo el año 2020 con el fin de analizar los respectivos diagnósticos y propuestas que culminaron en la presente publicación.

Empleando un lenguaje simple y cercano, *Justicia y nueva Constitución. Perspectivas y propuestas* está orientado a un público amplio, más allá de la audiencia especializada en ciencias jurídicas, con el firme propósito de contribuir al debate constitucional sobre asuntos tan relevantes para la institucionalidad del país.

