# Asesoría Externa

## "Asesoría en las Comisiones Legislativas que participe el Senador don Francisco Huenchumilla Jaramillo"

**Asesor:** Aldo Cornejo G.
**Senador:** Francisco Huenchumilla J.
**Mes:** Abril - 2018

## MODIFICACIONES AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En la actualidad existen tres proyectos de reforma constitucional, originados en mociones, que modifican la actual constitución en lo que se refiere al Tribunal Constitucional.

1- Boletín 11.342-07 en segundo trámite constitucional que modifica diversos capítulos de la actual Constitución, en las materias que indica, incluyendo al Tribunal Constitucional.
2- Boletín 11.560-07 de diversos senadores que modifica la actual Constitución en lo relativo a las atribuciones del Tribunal Constitucional y
3- Boletín 11.656-07 de diversos senadores, entre otros Huenchumilla que modifica la actual Constitución en lo relativo al Tribunal Constitucional

En relación al Boletín 11.342-07 moción en segundo trámite, introduce la modificación siguiente en lo que al Tribunal Constitucional se refiere en los siguientes términos:

El actual articulo 93 numero 1 señala; "Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de éstos últimos, antes de su promulgación"

En este caso, la Cámara de origen enviará al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los 5 días siguientes a aquel en que quede totalmente tramitado por el congreso.

La moción haciéndose cargo de una extendida demanda política y técnica, restringe las facultades y competencia del Tribunal Constitucional, en el sentido que éste indicara específicamente las normas sobre las cuales ejercerá el control de constitucionalidad, sin que pueda dicho tribunal, en caso alguno, extender su conocimiento a otras disposiciones del proyecto de ley enviado.

De este modo, se evitará, como ha ocurrido con frecuencia que el Tribunal Constitucional revise lo que le parece adecuado, sin consideración alguna a la voluntad expresada en el congreso al aprobar las normas.

Sobre esta moción que abarca otras materias diversas de la analizada, tiene el valor político-legislativo que fue el producto de un largo trabajo prelegislativo en que estuvo representado el PS, DC, RN y la UDI. Aprobado en la Cámara por casi la unanimidad. No existe registro de una reforma constitucional respaldada por los partidos de derecha, en la que se modifican otros capítulos, lo usual ha sido su negativa a legislar en estas materias.

Lo anterior es un buen antecedente para considerar la aprobación de esta reforma en tercer trámite por la cámara, al menos, en lo que se refiere a esta norma indicada precedentemente. Lo mismo es válido para otras materias abordadas en esta moción.

1. En relación a la segunda moción, Boletín 11.560-07 de Reforma Constitucional se refiere a otros aspectos de Tribunal Constitucional, no solo a sus facultades competencia.

1.1 En efecto, la moción incorpora a los Ministros del Tribunal Constitucional como sujetos pasivos de la Acusación Constitucional por parte de la Cámara de Diputados, incorporando como causal "por infringir la Constitución".

Articulo 52

Son atribuciones de la Cámara de Diputados:

Número 2 del artículo: Declarar si ha o no lugar la acusación que no menos de 10 ni más de 20 de sus miembros formulen en contra de las siguientes personas:

f- "De los ministros del tribunal constitucional por infringir la "Constitución"

Esta modificación requiere algunos comentarios:

"El Tribunal Constitucional es un órgano del Estado autónomo e independiente de toda otra autoridad o poder".

Pueden los ministros del tribunal ser objeto de una acusación por una interpretación de la constitución o de alguna de sus normas, que una mayoría circunstancial de la cámara de diputados no comparta. Creo que puesto así, seria inconveniente o riesgoso.

Pueden ser acusados constitucionalmente los ministros porque sus actuaciones o pronunciamientos invaden o se refieren a los otros poderes del Estado, en circunstancias que tal colisión se produce inevitablemente, tanto con el Presidente y el Congreso, en el ejercicio de sus facultades. En rigor no se debería, pero por consideraciones políticas podría ocurrir y creo que resultaría inconveniente.

Creo que podría aceptarse, cuando un pronunciamiento del Tribunal Constitucional se hiciese contra texto expreso de la Constitución o se atribuyere facultades que no tiene y que revistan el carácter de graves, como se exige para el Presidente de la Republica y los Ministros de Estado.

Por otra parte, existen autores que sostiene que finalmente la defensa de la Supremacía Constitucional está radicada en el Congreso y que a través de la acusación constitucional actúa como un intérprete definitivo de la Constitución.

"La acusación se entendería como un mecanismo de resguardo de la supremacía constitucional porque, a través de ella, el congreso vela por el cumplimiento de ciertos estándares constitucionales por parte de algunos importantes actores de la organización estatal".

Como se sostiene "Se trata de demostrar que la constitución no es ni principal ni exclusivamente una realidad jurídico-normativo, es necesario demostrar que la acusación constitucional es un mecanismo de garantía que actualiza la dimensión política de la supremacía de la constitución"

Por otra parte, se modifica el artículo 92 inciso 2 que se refiere a que en la actualidad los miembros del Tribunal Constitucional duraran 9 años en sus cargos. La moción propone que duren 5 años, lo que permite mayor rotación de sus integrantes y renovación de los mismos.

La moción suprime el número 1 y 3 del artículo 93. Esto es el control preventivo obligatorio que realiza el Tribunal Constitucional. Cabe señalar que la primera moción analizada mantiene este tipo de control, solo que le da al Congreso la facultad de indicar al Tribunal Constitucional las normas que deberá conocer en ese control, no pudiendo revisar otras normas. Cabe señalar que el proyecto de nueva constitución de la presidenta Bachelet mantiene este tipo de control.

Ventajas del Control Preventivo Obligatorio en la doctrina

1- Este tipo de control tiende a evitar efectos traumáticos de la anulación de una norma inconstitucional. El control preventivo en este caso viene a fortalecer la certeza jurídica.

2- Evita la responsabilidad internacional. Esta se genera al momento de infringir tratados internacionales. La profesora Miriam Henríquez, señala que se eluden los efectos negativos que podría acarrear el control represivo para la estabilidad de los compromisos internacionales la seriedad del Estado en el ámbito internacional.

3- Se fortalece el principio de igualdad ante la ley Este control tiene siempre efectos erga omnes, de modo que, estos efectos generales hacen los actos más igualitarios. De esta ventaja se generan dos efectos positivos. Si se declara la inconstitucionalidad de la norma sometida a control, ésta no ingresa al ordenamiento jurídico y por tanto, no se le aplica a nadie. Por otra parte, si el Tribunal Constitucional la declara conforme con la Constitución una vez publicada entrara en vigencia respecto de todos.

Desventajas del control preventivo obligatorio

1-Riesgos de reconocer un gobierno de la judicatura

2-Retrasos en los procesos legislativos.

b- La moción en cuestión, elimina el número 3 del artículo 93, que se refiere a la resolución de las cuestiones de constitucionalidad que se producen durante la tramitación de los proyectos de ley, reformas o tratados. Asimismo, elimina los sujetos activos que pueden recurrir al Tribunal en estas dos causales.

En este tema, la moción coincide con el proyecto de nueva Constitución del gobierno anterior y otras mociones que se han presentado sobre el particular, a título ejemplar, la moción de los diputados Walker y Soto.

Por último, existe un artículo transitorio que acomoda la duración del actual mandato de los integrantes del Tribunal al nuevo plazo de 5 años.

3- Boletin 11.656-07 de diversos Senadores, entre otros, Huenchumilla que también modifica la Constitución en lo relativo al Tribunal Constitucional.

El Profesor Mario Fernández, señala y con razón que el estatuto del Tribunal Constitucional no está definido en la Constitución, cuyo capítulo VIII se refiere de inmediato a la integración del tribunal y luego se limita a describir su funcionamiento y enumera sus atribuciones.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se limita a establecer "El tribunal constitucional es un órgano del estado, autónomo e independiente de toda otra autoridad o poder"

Lo que hace la moción es trasladar lo señalado en el artículo 1 de la LOC al encabezado del artículo 92 de la Constitución.

El artículo 92 propuesto por la moción, es exactamente igual al propuesto por el proyecto de una nueva Constitución presentado por el anterior gobierno. Así, se innova en el procedimiento de nombramiento de los ministros, se mantiene el número de ellos y también se respeta el periodo de duración.

Acto seguido, la moción propone la modificación del número 1 del artículo 93 que trata del control preventivo obligatorio que la mayoría de los autores y mociones presentadas mantiene.

Acá el control preventivo obligatorio lo transforma en un control a requerimiento del Congreso y sólo respecto de las normas calificadas de orgánicas constitucionales por las

mesas de ambas cámaras y agrega el requisito de los cuatro quintos del Tribunal, que en la actualidad no existe.

En mi opinión, es una mala solución al control por parte del Tribunal Constitucional, pues deja entregado a una minoría que por motivaciones políticas o ideológicas recurra al Tribunal. O en algunos casos, la posibilidad de recurrir que no es muy exigente, se transforma en una herramienta de presión al poder ejecutivo, que para evitar un pronunciamiento del Tribunal con lo que ella significa, negocia una o más normas en su contenido o efectos que pudieran producirse.

Por otra parte, entregar a las mesas la facultad de calificar las leyes como LOC encierra el riesgo que éstas obedecen a las existencias de mayorías o minorías circunstanciales, que a veces, obedecen a negociaciones políticas.

Creo que es una mala solución, dado que elimina el control preventivo obligatorio abstracto que hoy existe y transforma el control a requerimiento de sujetos activos similar a lo que hoy existe y que recibe críticas muy mayoritarias.

Por otra parte, la moción propone en el número 3 del inciso primero, eliminar la frase referida a la reforma constitucional y de los tratados.

De modo que el art. 93 número 3 queda de la forma siguiente:

"Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley"

Al no eliminar el número 3 señalado precedentemente se mantiene el control más criticado, a propósito de los últimos fallos del TC como ha ocurrido, con el aborto en tres causales o la ley de educación superior, en que ha habido requerimientos o téngase presentes. Fallos en los cuales ha incluido incluso materias no contempladas en las leyes aprobadas.

El requerimiento de una minoría se mantiene intacto porque los autores no, modifican las facultades del TC ni quienes pueden requerir su actuación.

Enseguida los autores de la moción derogan el número 6 del art. 93, esto es, la facultad de resolver la inaplicabilidad de un precepto legal, que fue incorporada por la reforma del 2005 del gobierno del Presidente Lagos.

El autor Rodrigo Pica señala en un artículo del libro "Reflexiones acerca del TC y su competencia a 8 años dela reforma del 2005".

"Cabe señalar que la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en tanto herramienta de supremacía constitucional frente al legislador y frente a la aplicación de la ley por los jueces, es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto se defina como aquel

que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzcan indefensión. En este caso, tutele frente a la aplicación de una ley que genera un efecto contrario a la Constitución".

Esta materia presenta dificultades y problemas que deben modificarse para mayor eficacia del control. No para derogarlo.

Asimismo, los autores agregan en el caso del número lo siguiente: "En el control preventivo el tribunal deberá tener especial deferencia con lo votado, dispuesto o acordado por el legislador durante los trámites legislativos"

Siempre el trabajo del TC por las implicancias del ejercicio de sus facultades, inevitablemente colisiona con la esfera de competencias de los otros poderes del Estado.

DEFERENCIA RAZONADA E INTERPRETECION CONFORME

El profesor Mario Fernández sobre el particular señala:

Estos dos criterios para afrontar colisiones o interferencias, tanto la "deferencia al legislador" como la "interpretación conforme" cuyo origen proviene del derecho comparado y que a menudo se aplican conjuntamente sin distinguirlos uno del otro, como lo ha hecho la doctrina comparada, encuentran obstáculos práctico en el caso chileno. En el primer tema, especialmente en los casos de inaplicabilidad, se produce un desfase entre el precepto impugnado en la acción y la norma constitucional reclamada como vulnerada. Los códigos sustantivos –civil o penal-datan de un siglo y medio y un siglo, respectivamente, mientras que la Constitución rige plenamente hace 20 años, haciendo dificultosa la ponderación entre ambas normas, los jueces ordinarios, por lo tanto, se las tienen que ver con la innúmera tarea de aplicar normas sustantivas vetustas no solo frente a las disposiciones constitucionales, sino respecto de la doctrina jurídica comparada moderna. Por lo tanto, la deferencia razonada muchas veces no hace sino ayudarlos en el camino incorrecto, del cual muchos magistrados quisieran salir.

En cuanto a la interpretación conforme, revisemos la doctrina. Señala Ferreres Cornella "En la medida en que el juez constitucional debe interpretar y aplicar el texto constitucional a los efectos de decidir la validez de una ley aprobada por un parlamento democrático surgen inevitablemente una serie de consideraciones que están ausentes o que no operan del mismo modo, en otros ámbitos de aplicación del derecho". Agregando "Estos tópicos se mueven en dos planos distintos, que convienen distinguir: el plano de la interpretación de la ley y el plano de la interpretación del texto constitucional" seguirá la descripción del principio de la interpretación conforme, que corresponde a la interpretación de la ley y el

principio de deferencia hacia el legislador democrático, que corresponde a la interpretación de la Constitución".

Teniendo a la vista tales considerandos, en el caso chileno se presentan dos dificultades, por una parte, el sistema jurídico y judicial chileno no opera con precedentes, y por otra parte, la doctrina y la jurisprudencia carecen de antigüedad en materia constitucional dado lo reciente de la jurisdicción especifica. Por lo tanto, cuando debe tenerse en cuenta las interpretaciones favorables a la constitucionalidad, muchas veces no existen antecedentes para tenerlas a la vista."

ALDO CORNEJO GONZALEZ

ABRIL DE 2018