

PARTE SEGUNDA: ATRIBUCIÓN ORGÁNICA DE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN.

Capítulo Primero: Órganos Jurisdiccionales de Control de Supremacía Constitucional en el Derecho Chileno.

I. El modelo del Tribunal Constitucional como defensor de la Constitución.

El sentido de la Justicia Constitucional no es otro que el de hacer cumplir la limitación del poder respecto a las normas constitucionales. En esta línea se enmarcaría la creación y dotación de los tribunales constitucionales, es decir, de aquellos órganos constitucionales con competencias para constituirse en defensores de la Constitución y de los derechos fundamentales. Esto no obsta a que pueda ser otro el órgano apto para asumir dicha defensa, como podría ser la Corte Suprema. En todo caso, en Europa y en muchos países latinoamericanos, se ha optado por un Tribunal Constitucional como defensor de la Constitución (aunque en Chile, como veremos, no tiene el monopolio en tal competencia).

Sin embargo, no faltan las críticas a las funciones que desempeñan los tribunales constitucionales. Por una parte, está siempre presente la tensión entre política y derecho que inquiriere si los problemas políticos que se someten a la decisión de estos tribunales pueden resolverse con los criterios y los métodos de una decisión judicial. Se acostumbra a preguntar: ¿es por tanto el Tribunal Constitucional, a pesar de su nombre, una verdadera jurisdicción, o es más bien un órgano político, que decide políticamente bajo la forma de sentencias? Y antes aún: ¿es que los problemas políticos son susceptibles de judicializarse, de reconducirse a soluciones jurídicas con parámetros preestablecidos, como es lo propio de todo proceso? (García de Enterría, E. 1991, pág. 158).

Por otro lado, está la cuestión siguiente: ¿de dónde extrae el Tribunal Constitucional sus criterios de decisión, supuesto que él inter-

viene justamente en el momento en que se comprueba una insuficiencia del texto constitucional? Hay que reconocer que los tribunales constitucionales ejercitan en la práctica un verdadero *amending power*, esto es, un poder de enmendar o revisar la Constitución, o al menos de suplementarla, de construir conceptos constitucionales nuevos que ni siquiera pudieron estar en la intención del constituyente, y entonces, ¿cuál es la fuente de éste no despreciable poder? ¿Dónde están las fuentes del derecho de criterios tan relevantes y trascendentales, capaces de imponerse a la voluntad del Parlamento, expresión de la voluntad popular? (García de Enterría, E. 1991, pág. 158).

De acuerdo con lo expuesto, se pueden agrupar en tres los principales problemas relacionados con la actividad de todo Tribunal Constitucional: 1) ¿Resuelve temas políticos o jurídicos?; 2) ¿Desarrolla una función jurisdiccional o de otro tipo?, y 3) ¿Cuál es la legitimidad que tendría para solucionar los conflictos constitucionales?

1) Crítica al Tribunal Constitucional como defensor de la Constitución.

a. ¿Resuelve problemas políticos o jurídicos?

Muchas de las críticas que se le formulan a los tribunales constitucionales se refieren a que resolverían bajo pseudo formas jurídicas, cuestiones de clara significación política. En el conflicto constitucional, derecho y política son a menudo una sola cosa, afirmaba Calamandrei (1956, pág. 52) luego de instalada la Corte Constitucional italiana. Los conflictos constitucionales son siempre conflictos políticos, lo cual no impediría admitir que el carácter político de un acto excluya el conocimiento jurídico del mismo.

Por otra parte, son pertinentes las palabras de Favoreau (1997, pág. 103 y ss.) para entender la supuesta función política que desarrolla el Tribunal Constitucional. Por de pronto, los tribunales constitucionales no ejercen normalmente la justicia política, es decir, la que consiste en juzgar los actos realizados por responsables políticos (ministros o jefes de Estado) en el ejercicio de sus funciones. Hay que diferenciar esa justicia política de la supuesta actividad política que esta-

ría siempre incluida en la actividad del Tribunal Constitucional. Si su actividad puede ser tildada como política, es porque resuelve sobre las reglas fundamentales de la vida en sociedad, lo que significa que contribuye a precisar estas reglas, a hacerlas más eficientes y a garantizar su aplicación, y es inobjetable que sus decisiones sobre estas materias tienen repercusiones considerables sobre el conjunto del Ordenamiento Jurídico y político.

En este sentido, Favoreau señala que los tribunales constitucionales son también un poder constitucional. El Tribunal Constitucional vendría a ser un órgano del Estado, el que desempeñaría un papel semejante al de los otros poderes. El Tribunal Constitucional no podría ser incluido, sin más, en el seno del Poder Judicial. Se puede encontrar una confirmación de esta configuración como órgano independiente en el hecho de que, después de la Segunda Guerra Mundial, la casi totalidad de las nuevas constituciones que crearon tribunales constitucionales -con la excepción de Alemania- dedicaron un Título distinto de aquél reservado al Poder Judicial. Lo mismo ocurre con la Constitución chilena de 1980. De acuerdo con este camino interpretativo, el Tribunal Constitucional no formaría parte de ninguno de los otros tres poderes clásicos.

Este nuevo poder -aunque un término más preciso sería el de nueva potestad- haría respetar las normas constitucionales por los tres poderes o potestades -ejecutivo, legislativo, judicial-, no solamente con respecto a individuos, sino también a cada uno de ellos (al menos en las constituciones de muchos países europeos). La separación de poderes adquiere todo su relieve y su significado cuando existe un Tribunal Constitucional que se encarga de que cada uno de ellos observe los límites de sus competencias. Estos órganos desempeñarían un papel fundamental de regulación del juego político al asegurar un equilibrio, no sólo entre los diversos poderes, sino también, entre la mayoría y la oposición.

Como sea, no se puede negar que los tribunales constitucionales tienen por función velar por la vigencia definitiva de la Constitución como máxima norma jurídica de la organización estatal. De este modo, resuelve sobre cuestiones jurídicas que, naturalmente, están íntimamente imbricadas de cuestiones políticas.

b. ¿Es la actividad que desarrolla el Tribunal Constitucional jurisdiccional?

En este punto, hay que tener la precaución de no omitir una opinión bastante asentada en la doctrina comparada (Favoreu, L. 1997, pág. 100; González Pérez, J. 1980, pág. 75; Gascón, M. 1984, pág. 76; Romboli, R. 1991, pág. 9), que reconoce que la mayoría de los tribunales constitucionales existentes en diversos Estados, desarrollan una función que si bien puede decirse que es jurisdiccional, lo es también política. Dicho de otro modo, salvo el sistema norteamericano de control de supremacía constitucional que es propiamente jurisdiccional, el modelo europeo concentrado del Tribunal Constitucional vendría a ser un híbrido que desarrolla funciones tanto jurisdiccionales como políticas, lo cual también es predicable de nuestro Tribunal Constitucional. Sin duda que lo que hacen los tribunales constitucionales es velar para que en determinados conflictos de índole constitucional, rija la Constitución como máxima norma jurídica del Estado, y en este sentido, puede decirse que actúan como órganos jurisdiccionales antes que entes de decisión política, pero no se puede desconocer la dimensión política del conflicto que resuelven. Sin embargo, para poder fundamentar con mayor exactitud esta tesis, se hace indispensable determinar qué se entiende por potestad jurisdiccional, pero no en abstracto, sino de acuerdo a su regulación constitucional, cuestión que desarrollaré en extenso a propósito del Tribunal Constitucional chileno.

c. ¿Cuál sería la legitimidad de los jueces constitucionales para defender la Constitución ?

Como sostiene el profesor García de Enterría (1991, pág. 164), es común encontrar en la diversa literatura existente sobre los tribunales constitucionales, una crítica de tipo «jacobina», sea en su vertiente heredera de la Revolución Francesa o en su vertiente marxista-leninista del Partido Único. El jacobinismo, sostenido en el principio representativo absoluto de la voluntad general, es aquel que alimenta el dogma de la soberanía parlamentaria en el constitucionalismo de tipo francés, el que proscribía todo poder por encima de la Asamblea. En el jacobinismo histórico aparece, en efecto, el mito de la Asamblea o la Convención, esto es, el lugar donde se posa el espíritu colectivo infa-

libre y certero, en una suerte de unión mística lograda a través del debate incesante que se desarrolla en su seno. Nada por lo tanto puede posicionarse por sobre el poder de la Asamblea, y por supuesto, incluida la potestad jurisdiccional, simple instrumento ejecutivo de las leyes de la propia Asamblea. En el asambleísmo está el arma revolucionaria por excelencia, lanzada sobre los privilegios y sobre el egoísmo individual; la Asamblea vendría a ser entonces como el órgano supremo de justicia revolucionaria.

No habría derecho alguno al margen de la Asamblea que pueda pretender imponerle cualquier tribunal, del tipo que sea. Por ello, desde una herencia de este punto de vista jacobino, se ha negado la legitimidad de un tribunal que pudiese anular por inconstitucionales los productos normativos de la Asamblea. Al Tribunal Constitucional, como colegio aristocrático, se le ha visto como un freno que lucha contra la mutación social, que sólo las Cámaras pueden emprender. Y estos conceptos han resonado en casi todas las Asambleas Constituyentes de los países cuando se ha debatido el tema de la Justicia Constitucional. Especial interés tuvo la discusión que se dio en Alemania, como también en Italia y Francia.

Sin duda que el tema de la legitimidad de los jueces constitucionales para decidir los conflictos de significación constitucional, está determinado por la concepción política de la actividad que desarrollan los tribunales constitucionales. Dicho de otro modo, toda la crítica que se ha formulado sobre la falta de legitimidad de los jueces constitucionales se basaría, fundamentalmente, en que estos órganos están siendo considerados como instancias de decisión política, antes que jurisdiccional. Si bien ya hemos dicho que el conflicto constitucional es un conflicto jurídico, en el que lo político se entrecruza con lo jurídico, en definitiva, creo que lo jurídico prevalece sobre lo político. Por otra parte, la mayoría de los tribunales constitucionales (incluido el chileno) aparecen organizados más como órganos jurisdiccionales que como órganos políticos. Por tanto, en el tema de la legitimidad será importante como se considere a estos órganos: no será indiferente considerarlos como órganos jurisdiccionales o como instancias de decisión política.

El tema de la legitimidad se presenta en relación con los órganos

políticos, y no así -al menos no con el mismo significado- con los órganos jurisdiccionales. Respecto de estos últimos, la legitimidad se resumiría en la legalidad (Pedraz, E. 1990, pág. 183).

En todo caso, si se puede decir que el tema de la legitimidad de los órganos jurisdiccionales se resuelve en definitiva en la legalidad, no se puede negar que, en relación a los tribunales constitucionales, éstos resuelven cuestiones cargadas de una alta dosis de política. Por este motivo, en la experiencia comparada y chilena, se ha puesto especial énfasis en la composición y designación de los miembros de los tribunales constitucionales, esto es, se ha hecho entrar el tema de la legitimidad respecto de tan peculiares órganos jurisdiccionales.

Si se ve la composición del Tribunal Constitucional chileno, es posible observar que en él participan jueces y juristas representantes de todas las potestades estatales: la Corte Suprema, como máximo tribunal de la potestad jurisdiccional; el Presidente de la República; el Senado, y aquella extraña figura constitucional como lo es el Consejo de Seguridad Nacional.

Dicho de otro modo, respecto de los jueces constitucionales, el tema de la legitimidad entraría más que respecto de los jueces ordinarios. A mi entender, ello descansaría en el tipo de cuestiones que resuelven, teñidas de una carga política en comparación con aquellas que resuelven los jueces ordinarios. A este respecto, se ha dicho que por el tipo de funciones que desarrollan los tribunales constitucionales no pueden tener la misma composición y el mismo sistema de selección que los jueces ordinarios. En este sentido, se ha puesto énfasis en que los jueces constitucionales no pueden ser ya los tradicionales jueces-funcionarios del modelo europeo continental, que alcanzan la cumbre de su carrera después de una serie de ascensos al interior de la organización judicial. Se ha dicho también que el tribunal que juzga con base en la Constitución debe estar compuesto por juristas-jueces nombrados por un mandato largo, no revocable ni renovable. Se afirma en este sentido la necesidad que las fuerzas políticas que acceden al poder puedan sentirse representadas en este órgano constitucional. No se trata de que los jueces constitucionales actúen como representantes directos de determinadas fuerzas políticas o de partidos políticos, sino de reflejar en el seno del tribunal el principio

de la representación democrática y el pluralismo político e ideológico que existe en el seno de la sociedad.

En definitiva, se puede decir que la legitimidad de los tribunales constitucionales descansaría, por una parte, en que su composición está articulada con base en el principio de la representación democrática y el pluralismo político e ideológico. Pero, en el desarrollo de sus funciones -jurisdiccionales-, la legitimidad está garantizada por el principio de legalidad, es decir, en la obligación que tienen los jueces constitucionales de decidir las cuestiones sometidas a su conocimiento y decisión, de acuerdo al Derecho Constitucional vigente. Para controlar que los jueces constitucionales fallen conforme a derecho, es importante la exigencia que formula el artículo 31 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (n° 17.997), que obliga a los jueces constitucionales a motivar sus sentencias, con todas las consideraciones de hecho y de derecho, propias de las sentencias judiciales en nuestro orden procesal.

“ II. Órganos jurisdiccionales defensores de la Constitución en el Derecho Chileno.

En el Ordenamiento Jurídico chileno, tanto el Tribunal Constitucional como la jurisdicción ordinaria defienden jurisdiccionalmente la Constitución. Respecto a la jurisdicción ordinaria, el control de supremacía constitucional se ejerce a su vez de tres modos diferentes: el primero, se refiere a la inaplicabilidad de un precepto legal que atente contra un precepto constitucional, que puede decretar la Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, una vez ya vigente la ley, y con efectos parciales, es decir, sólo respecto de los que figuran como partes en un proceso o gestión que se siga ante otro tribunal; el segundo se refiere a los procesos jurisdiccionales para la protección de los derechos fundamentales, de los que conocen los Tribunales Superiores de Justicia, a saber, y fundamentalmente, el proceso de Protección, el de Amparo o *Habeas Corpus* y el proceso de Amparo Económico (aunque sostendré más adelante que mediante dicho proceso no se tutela ningún derecho fundamental); en tercer lugar, existe un mecanismo que consistire en la prescindencia por parte de los tribunales de justicia, en sus fallos, de aquellas normas legales contrarias a las

disposiciones constitucionales que regulan los derechos fundamentales. La vigencia directa e inmediata de la Constitución como derecho vinculante para todos (art. 6° CPR); la obligación de los tribunales de respetar y promover los derechos fundamentales (art. 5° CPR); la garantía del respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales que deben aplicar los jueces (art. 19 n° 26 CPR), más la ausencia de la denominada cuestión de inconstitucionalidad -a instancia del juez *a quo*- en el derecho chileno, avalarían esta posición.

1) EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO.

La Constitución de 1980 regula en su artículo 81 y siguientes al Tribunal Constitucional. Las competencias del Tribunal Constitucional chileno están reguladas en el artículo 82 CPR, y no es del caso aquí reproducirlas. Sin embargo, se pueden resumir del siguiente modo:

„Si bien el Tribunal Constitucional tiene competencia para resolver *a posteriori* cuestiones de constitucionalidad respecto de decretos, decretos que tengan fuerza de ley o una resolución del Presidente de la República, este órgano desarrolla fundamentalmente una labor preventiva. Este control preventivo de constitucionalidad se refiere a las leyes: tanto a las leyes orgánicas constitucionales, como a las leyes interpretativas de la Constitución, leyes ordinarias, leyes de reforma constitucional y de tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso Nacional.

Como el Consejo Constitucional francés, el control preventivo ejercido por el Tribunal Constitucional puede ser obligatorio o ejercido a petición de parte. En el caso de las leyes orgánicas constitucionales y de las leyes que interpreten una disposición constitucional, el control preventivo realizado por el Tribunal Constitucional es obligatorio. En el resto de los casos el control es facultativo y como tal, a solicitud de las autoridades que el propio texto constitucional legitima para ello (Presidente de la República, Senado, Cámara de Diputados, o una parte de sus miembros, según sea el caso).

Además de las competencias antes enunciadas, el Tribunal Constitucional tiene -al igual que el Tribunal Constitucional Federal ale-

mán- otras competencias sancionatorias por vulneración del sistema democrático. Recordemos que el artículo 19 n° 15 CPR garantiza el derecho para asociarse sin permiso previo, garantizando entre otras cosas el pluralismo político. Sin embargo, señala el Texto Constitucional que son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar esta inconstitucionalidad. Sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la Constitución o en la ley, las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motiven la declaración de inconstitucionalidad a que se refiere el inciso precedente, no podrán participar en la formación de otros partidos políticos, movimientos u otras formas de organización política, ni optar a cargos públicos de elección popular ni desempeñar los cargos que se mencionan en los números 1) a 6) del artículo 54, por el término de cinco años, contado desde la resolución del Tribunal. Si a esa fecha las personas referidas estuvieren en posesión de las funciones o cargos indicados, los perderán de pleno derecho. Las personas sancionadas en virtud de este precepto no podrán ser objeto de rehabilitación durante el plazo señalado en el inciso anterior. La duración de las inhabilidades contempladas en dicho inciso se elevarán al doble en caso de reincidencia.

La efectividad de esta normativa constitucional es competencia exclusiva del Tribunal Constitucional. Esta función no la puede iniciar de oficio el Tribunal Constitucional, sino que la propia Constitución establece una legitimación abierta a cualquiera del pueblo -*quivis ex populo*- para requerir la aplicación de estas sanciones.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional chileno tiene competencias que dicen relación con la garantía de la organización institucional. A este respecto, tiene atribuidas constitucionalmente las funciones de informar al Senado respecto de la inhabilidad o renuncia al cargo del Presidente de la República, informe que, como su nombre explicita, no es de carácter vinculante para el Senado. Además, tiene que resolver respecto de las inhabilidades que afecten a las personas designadas como Ministros de Estado para permanecer en el cargo o desempeñar simul-

táneamente otras funciones. En este caso, tampoco el Tribunal Constitucional puede proceder de oficio, sino que requiere de la actividad de cualquier persona del pueblo (*quivis ex populo*) que solicite se declare tales inhabilidades. Finalmente, dentro de estas competencias relacionadas con la organización institucional, le corresponde al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo parlamentario.

Pero, en el desarrollo de estas competencias, ¿desarrolla el Tribunal Constitucional chileno una función jurisdiccional?

Previo a responder esa interrogante, señalaré que una indagación sobre la naturaleza del Tribunal Constitucional debe cuidarse de no incurrir al menos en tres posibles vicios: 1) Intentar buscar realidades ontológicas que vayan más allá de lo que, en cada situación, establezca el poder normativo de cada Estado; 2) Muy relacionado con lo anterior, determinar tal naturaleza en términos absolutos, es decir, pretender que tal descripción sea aplicable a todo Tribunal Constitucional, independiente del sistema político y de la institucionalidad particular en que el específico órgano se encuentre inserto, y 3) Hacer una indagación ociosa que se limite a puras cuestiones terminológicas y, por tanto, sin ninguna significación práctica.

Si puede tener alguna importancia determinar si el Tribunal Constitucional chileno desarrolla funciones jurisdiccionales, es sólo para observar si los institutos procesales propios de la actividad jurisdiccional rigen en este ámbito, a fin de que la aplicación del derecho objetivo y la satisfacción de los intereses que trascienden al conflicto jurisdiccional, se hagan en definitiva con total imparcialidad y con respeto de los derechos de los ciudadanos y de los principios referidos a la actuación jurisdiccional. De este modo, si podemos determinar que el Tribunal Constitucional desarrolla una función que puede ser descrita como jurisdiccional, por consiguiente deberían aplicarse las categorías, principios y derechos que dicen relación con la actividad jurisdiccional. Habrá de verse, con especial interés, si respecto del Tribunal Constitucional chileno se articulan los tres conceptos básicos e inescindibles del ámbito Justicia: jurisdicción, acción y proceso. El ámbito Justicia dice relación con la actividad de una potestad constitucionalmente instituida que desarrolla su función por medio

de un proceso y previo ruego de un tercero (Pedraz, E. 2000 a, pág. 21 y ss.). No hay jurisdicción sin acción y proceso. El órgano jurisdiccional no puede actuar de oficio, y cuando se dice proceso, se está expresando la exigencia constitucional que debe reconocer unos principios estructurales fundamentales: dualidad de posiciones, en términos de contradicción e igualdad (Esparza, I. 1985, pág. 29 y ss.).

Pero además, cuando se dice proceso, se expresa también el derecho de todo ciudadano, persona o grupo, a ser juzgado en virtud de un debido proceso con todas las garantías, lo que incluye en el caso chileno por exigencia constitucional (art. 19 n° 3 en relación con el art. 5° CPR), el derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley; el derecho de defensa; el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes; el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, etcétera.

También habrá de determinarse si las decisiones del Tribunal Constitucional chileno logran la característica de inmutabilidad, propia de las decisiones jurisdiccionales. Éste es el sentido por el que determinaremos la naturaleza del Tribunal Constitucional chileno.

Con la prevención recientemente formulada, habremos de preguntarnos ¿cómo distinguir claramente las distintas potestades estatales?, y en definitiva, ¿cómo distinguir la potestad jurisdiccional? Frente a este tema, Calamandrei (1996, pág. 24 y ss.) proponía tres posibles criterios: 1) Orgánico; 2) Formal y 3) Sustancial.

Con el primer criterio -orgánico-, se distinguirían las distintas potestades estatales analizando cada uno de los órganos que se han creado para desarrollarlas. Adoptar la postura orgánica querría decir distinguir la potestad según el órgano que la ejerce: se llamaría, por ejemplo, actividad legislativa a toda aquella proveniente de órganos legislativos, actividad jurisdiccional a toda aquella proveniente de los órganos jurisdiccionales y así sucesivamente. Pero -afirmaba el profesor florentino- este modo de distinción no sería otra cosa que un giro de palabras. Y tiene razón el referido autor, porque de seguir este criterio deberíamos llegar a la conclusión de que es jurisdicción la ejercida por jueces y tribunales. A su vez, son jueces y tribunales aquellos que ejercen jurisdicción, evidenciando así claramente el carácter tautológico del argumento.

Pero además de rechazable este criterio orgánico -o funcional- por tautológico, debe serlo por cuanto puede implicar atribuir la indispensable función de aplicar irrevocablemente el derecho objetivo a órganos que, definidos formalmente como tribunales por el legislador, carezcan de aquella necesaria independencia e imparcialidad.

El segundo criterio, es decir formal, tampoco sería por sí solo el más adecuado. Este criterio distinguiría entre las potestades estatales de acuerdo a la distinta forma que exteriormente revisten los actos de las tres funciones estatales. De acuerdo con él, la actividad jurisdiccional se reconocería por su forma de expresión externa, esto es, por la sentencia. Este criterio -decía Calamandrei (1996, pág. 26)- no es exhaustivo ya sea porque se detiene en las apariencias sin tocar el fondo de la distinción, o porque es también puramente aproximativo, en cuanto puede ocurrir que, en casos excepcionales, la forma que normalmente distingue los actos de una cierta función haya sido adoptada para revestir un acto perteneciente por su sustancia a una función diversa.

Por ello, el autor italiano señalaba que el criterio más seguro de distinción es el sustancial, material o absoluto, entendiendo por sustancia o contenido del acto, los efectos jurídicos que el mismo típicamente produce, independientemente del órgano que lo lleve a cabo y de la forma en la cual es realizado. En este sentido, el poder legislativo se distinguiría por su función de establecer nuevas normas jurídicas y la potestad jurisdiccional por su función de hacer observar en concreto y definitivamente las normas ya establecidas. Así, en Chile, algunos autores han visto en la cosa juzgada que producen las sentencias del Tribunal Constitucional chileno su particularidad como órgano jurisdiccional (Colombo, J. 1998, pág. 8).

Sin embargo, el criterio absoluto, si bien mejora los anteriores acercamientos sobre el tema, tampoco está exento de críticas. Es que no es baladí determinar que ese efecto jurídico producido -por ejemplo, el efecto de cosa juzgada- sea creado por un órgano independiente, o bien por un órgano que carezca de tal independencia.

De acuerdo con lo anterior, habría que descartar todo intento de determinación de lo propio de la actividad jurisdiccional, por medio

de criterios alejados de las circunstancias históricas y, sobre todo, de la concepción normativa que en cada tiempo y lugar determine el sistema jurídico que la contemple. Por ello, a lo más, se pueden mencionar características normales o prevalecientes de la actividad jurisdiccional, pero sin pretender un valor absoluto, válido en todo tiempo y lugar. Dentro de tales características prevalecientes o normales de la actividad jurisdiccional, es procedente considerar la *terzietà* o alienidad del juez (Cappelletti, M. 1960, pág. 400 y ss.). Sin duda que lo más característico de la actividad jurisdiccional es la actuación de una autoridad no interesada en el objeto disputado entre dos posiciones parciales. En íntima relación con esa *terzietà*, se derivará la existencia de un proceso que considere y enfrente en iguales términos, ante el juez, a las dos posiciones parciales. Por último, una de esas posiciones o partes, habrá de haber provocado la actuación del órgano jurisdiccional.

Lo que hay que analizar ahora, es cómo el *constituyente*¹ chileno ha recogido en el texto constitucional chileno esas normales características de la potestad jurisdiccional.

Se podría afirmar que, de conformidad con los artículos 19 n° 3 y 73 y siguientes CPR, los requisitos fundamentales exigidos por la Constitución para que un órgano sea considerado jurisdiccional, son básicamente los siguientes:

a. Que haya sido establecido por una Ley Orgánica Constitucional (si es que ha sido establecido con posterioridad a la vigencia de la Constitución, de acuerdo al art. 74 y art. 5° transitorio CPR);

b. Con carácter permanente (nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta, art. 19 n° 3, inc. CPR. En la doctrina esto es lo que se conoce como el juez natural o ya, hoy en día, como derecho al juez ordinario predeterminado por la ley);

c. Independiente, lo que se determinará fundamentalmente por el

¹ Me refiero al *constituyente* chileno, así en cursivas, porque quienes redactaron la Constitución de 1980, no corresponde al concepto de constituyente como se maneja en la ciencia política y constitucional.

mecanismo de nombramiento de los jueces y la prohibición constitucional respecto del Presidente de la República y el Congreso de intervenir en sus funciones, y la inamovilidad de los mismos jueces (arts. 75 y 77 CPR);

d. Que actúe rogadamente (en virtud del derecho de acción regulado en el art. 19 n° 3 inc. 1° CPR);

e. Por medio de un proceso legalmente tramitado (art. 19 n° 3 inc. 5 CPR);

f. Que aplique el derecho objetivo al caso concreto (La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado [...], art. 73 CPR), y

g. Con efectos irrevocables y con desinterés objetivo (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; Los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que regulan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones, arts. 73 y 76 CPR).

Esta caracterización normativa de la potestad jurisdiccional chilena recientemente formulada, se opone a algunas concepciones que existen en nuestro país en el tema. En efecto, es difundida la opinión de considerar como órgano jurisdiccional a cualquier ente público o privado autorizado por ley para resolver las causas criminales y civiles, lo que incluiría, además de los tribunales ordinarios y especiales que integran o no el Poder Judicial, a entes tales como el Director de Impuestos Internos (Colombo, J. 1991, pág. 41), Colegios Profesionales, Corporaciones, Fundaciones, etcétera.

Un sector de la doctrina (Cea, J.L. 2000, pág. 171 y ss.) señala que en el derecho chileno habría que distinguir entre la función judicial y la función jurisdiccional. La primera es la que ejercen los jueces den-

tro de un proceso racional y justo para resolver un pleito entre las partes litigantes, mediante la sentencia respectiva y con recurso a la coacción si fuese necesario. La segunda -jurisdiccional- sería más amplia que la primera, y es ejercida no sólo por jueces, ya dentro o fuera de un proceso, para declarar, pronunciar o definir, en casos concretos, cuál es el derecho aplicable a un asunto de su competencia, haciéndolo a través de un acto de autoridad, llámese sentencia, fallo, acuerdo, decreto, resolución o de cualquier otra manera.

Sostengo, por mi parte, que tal distinción entre función judicial y función jurisdiccional es artificiosa y contraria al texto constitucional chileno. De acuerdo con el artículo 73 CPR (y su desarrollo legal contenido en el art. 5° Código Orgánico de Tribunales), la función jurisdiccional es la que ejercen los tribunales y jueces establecidos de conformidad a la Constitución y las leyes. Dicha función jurisdiccional es desarrollada tanto por tribunales que integran el Poder Judicial, como por otros tribunales especiales situados fuera del Poder Judicial. La función jurisdiccional es sinónima de la función judicial, y no sería procedente diferenciarla.

La función que puedan desarrollar entes que no son jueces, fuera de un proceso, mediante decretos u otros mecanismos, no puede ser definida, a mi entender, como función jurisdiccional. Podrá ser considerada actividad administrativa (por ejemplo, el Director de Impuestos Internos) o simplemente privada (por ejemplo, un club deportivo), pero jamás jurisdiccional. Ello no implica negar que tengan atribuciones para resolver determinados conflictos, pero esto no es suficiente para considerarlos como órganos jurisdiccionales (De Otto, I 1989, pág. 87).

En este punto, hay que agregar que si bien la Constitución entrega al legislador (Ley Orgánica Constitucional) la determinación de la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de Justicia en todo el territorio de la República (art. 74 CPR), es decir, confía al legislador cualificado la creación de todos los tribunales, del tipo y cantidad que dicho poder del Estado estime necesarios, la propia Constitución impone algunos requisitos para que tales entes creados por el legislador puedan ser considerados verdaderos tribunales. Esto significa que el

legislador tiene límites constitucionales para atribuir la actividad jurisdiccional a los entes que estime necesario crear para cumplir esta función. No basta que establezca la creación de un ente denominado tribunal, sino que, constitucionalmente, tiene que serlo, de acuerdo con su estructura orgánica y la función que desarrolla.

Primeramente, ese ente creado legislativamente debe tener carácter permanente, por lo que no puede atribuir la actividad jurisdiccional a comisiones especiales *ad hoc* o transitorias (art. 19 n° 3, inc. 4° CPR).

El ente jurisdiccional debe cumplir con uno de los requisitos más básicos de la potestad jurisdiccional: su independencia. El inciso 1° del artículo 73 CPR señala 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, consagrándose así la independencia de los órganos jurisdiccionales. Uno de los mecanismos que prevé la Constitución chilena para asegurar dicha independencia judicial, es a través del nombramiento de los jueces y de la inamovilidad judicial.

De conformidad con lo que dispone el artículo 75 CPR, se puede extraer que en concepto del *constituyente* de 1980, jamás se puede proveer un cargo de juez sin que sea nombrado por el Presidente de la República y con la participación obligatoria de un órgano integrante del Poder Judicial (Corte Suprema o Corte de Apelaciones). En los casos de los miembros del máximo órgano jurisdiccional del Estado, se requiere además la intervención del Senado. Para velar por la independencia de los jueces, éstos -por mandato constitucional- deben ser consensuados en su designación por los distintos poderes del Estado.

Si bien podría sostenerse que este requisito se exigiría sólo para los jueces pertenecientes a la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y tribunales de letras, creo que tal criterio fijado en la Constitución, debería aplicarse a todo juez de la República. De lo contrario, el legislador podría crear tribunales con jueces designados, por ejemplo, sólo por el Presidente de la República, con lo cual perderían toda independencia del poder político de turno. El nombramiento de los jueces compartido por dos o más poderes del Estado, definiría, a mi en-

tender, una de las características propias de los órganos jurisdiccionales en el orden constitucional chileno.

De acuerdo con lo anterior, los tribunales que existen actualmente en Chile al interior de la Administración (por ejemplo, tribunales tributarios), no me parece que puedan ser considerados entes independientes de la Administración, y como tal, sostengo que no son tribunales de justicia (para el caso español véase Gimeno Sendra, V. 1981, pág. 43).

Por otra parte, los órganos que desarrollen la función jurisdiccional deben actuar rogadamente, es decir, previa excitación de un tercero, sin que puedan jamás actuar de oficio. Esto se desprende del derecho fundamental de acción que reconoce el Texto Constitucional chileno en su artículo 19 n° 3 inciso 1° CPR, lo que además es reafirmado por el artículo 73 inciso 2° CPR, en el momento que expresa que reclamada su intervención [de los tribunales establecidos por la ley] 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 sometido a su decisión. Por lo anterior, ningún órgano creado por el legislador con facultades para iniciar de oficio una actividad juzgadora, podría ser considerado propiamente un tribunal de justicia.

Otra de las características esenciales de un órgano jurisdiccional, es que actúe el derecho objetivo irrevocablemente. Lo propio de un tribunal es que dice la última palabra dentro de la organización del Estado, haciendo valer definitivamente el derecho vigente, por una sentencia dotada de fuerza de cosa juzgada. La cosa juzgada constituye un requisito propio de toda actividad jurisdiccional; así lo ha reconocido la Corte Suprema chilena en sentencia de fecha 6 de marzo de 1989 (*Gaceta Jurídica*, 1989, n° 105, pág. 28 y ss.).

Por otra parte, se requiere que estos órganos que aplican definitivamente el derecho, no tengan ningún interés comprometido en relación al objeto litigioso del proceso (por eso el art. 76 CPR establece que los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho y en general de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones).

Hay que agregar además que la potestad jurisdiccional, de acuerdo

con el Texto Constitucional chileno, se desarrolla por medio de un proceso legalmente tramitado (art. 19 n° 3 inciso 5° CPR), lo que implica el juego y la confrontación de la pretensión y la resistencia, es decir, de dos posiciones parciales enfrentadas frente al juez en el trabajo conjunto del conocimiento de los hechos a los que se haya de aplicar el derecho objetivo. Ello viene a significar que la actividad que se desarrolle ante una sola parte y un sentenciador, no es propiamente actividad jurisdiccional. Y las exigencias del debido proceso determinarán que la actividad jurisdiccional se deba expresar, entre otras cosas, por medio de resoluciones judiciales debidamente motivadas (art. 19 n° 3 inciso 5° CPR, 73 inciso 1° CPR), y siempre atingentes a un caso concreto al cual aplicar el derecho objetivo (art. 73 inciso 1° CPR), por lo que el ente que crea o declara el derecho general y abstractamente, no cumpliría una función propiamente jurisdiccional.

Con todo lo anterior, se puede ya decir que en el derecho chileno lo propiamente jurisdiccional dice relación con la actividad que despliega un órgano independiente creado por ley para que, mediante su rogada intervención y por medio del proceso debido, aplique imparcialmente el derecho objetivo a un caso concreto -conociendo, resolviendo y haciendo ejecutar lo juzgado-, con desinterés objetivo y de manera irrevocable. Ésta es la jurisdicción que desarrollan tanto los tribunales que integran el Poder Judicial, como los que están fuera de él.

Como última cuestión a destacar aquí, es que esta noción de jurisdicción que se ha construido -noción que sin duda puede ser mutable por el devenir histórico y, con menos dudas aún, puede ser perfeccionada-, es unitaria, por lo tanto atribuible a todo tribunal de la República. Con esto se viene a refutar una posible intelección de la función jurisdiccional del Tribunal Constitucional chileno como una jurisdicción distinta, diversa de la que tradicionalmente ejercen los otros tribunales, ordinarios o especiales. Si se sostiene que el Tribunal Constitucional chileno es un órgano jurisdiccional, se está diciendo que desarrolla la misma función jurisdiccional que los demás tribunales del país. Convergamos en que el concepto de jurisdicción necesariamente es unitario, porque corresponde a una potestad estatal plasmada en la Constitución; la Suprema Norma chilena no reconoce sino una potestad jurisdiccional. Otra cosa es que el Tribunal Constitucio-

nal pueda ser considerado como un órgano que ejerce una especialísima y *sui generis* función jurisdiccional, pero debe reconocer las partes más elementales de la actividad jurisdiccional para que podamos considerarlo así.

Actividad del Tribunal Constitucional Chileno y Jurisdicción.

Para ver si la actividad que desarrolla el Tribunal Constitucional chileno se ajusta a estas características jurisdiccionales, veamos cada una de esas características por separado:

a. ¿Es el Tribunal Constitucional chileno un órgano permanente creado por ley?

Hay que concordar que el Tribunal Constitucional chileno está creado por ley, y nada menos que por la Ley Fundamental de la República, además de estar regulado por la Ley Orgánica Constitucional n° 17.997. Su carácter, además, es permanente.

b. ¿Es el Tribunal Constitucional chileno un órgano independiente?

La Constitución no estableció expresamente que el Tribunal Constitucional sea un órgano independiente (cosa que sí dijo -autonomía en su caso- de otro órgano constitucional, como lo es el Banco Central -art. 97 CPR-). Sin embargo, el Tribunal Constitucional chileno se encuentra regulado en un capítulo diferente de aquéllos referentes al Gobierno, al Congreso Nacional y al Poder Judicial, por lo que orgánicamente no se encontraría sujeto a ninguno de esos tres poderes, todo lo cual afirmarí su independencia.

Pero, por otra parte, la Ley Orgánica Constitucional que regula el funcionamiento del referido órgano, se encargó expresamente de indicar que es un órgano autónomo e independiente de toda otra autoridad o poder (art. 1° Ley n° 17.997). Además, juega en favor de tal independencia el hecho de que en la designación de los miembros de este órgano constitucional, participen todas las potestades públicas tradicionales, además del Consejo de Seguridad Nacional.

c. ¿Actúa el Tribunal Constitucional chileno rogadamente?

En cuanto a si su intervención es rogada, de acuerdo con el artículo 82 CPR hay que decir que, en principio, este órgano no actúa de oficio, aunque respecto de las Leyes Orgánicas Constitucionales y de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, el control procede siempre, es obligatorio, sin que se tenga que plantear una cuestión puntual sobre constitucionalidad.

Sin embargo, en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se produce un contrasentido; queriendo obviar su actividad oficiosa, el artículo 3° de la mencionada ley señala que el Tribunal sólo podrá ejercer su jurisdicción a requerimiento de los órganos constitucionales interesados o de las personas que intenten la acción pública, en los términos señalados en el artículo 82 de la Constitución Política. Sin embargo, el Título II de la ley regula el Control Obligatorio de Constitucionalidad que, en sede constitucional, establece el artículo 82 n° 1 CPR. De acuerdo con lo señalado, habría que determinar cómo se compatibilizaría una actividad que sólo puede ser actualizada a requerimiento de un tercero, con una actividad que se debe desplegar obligatoriamente, según se desprende del Texto Constitucional..

Desde un punto de vista -a mi entender- excesivamente formal, se podría defender la plena armonía del sistema de actuación del Tribunal Constitucional chileno, señalando que aún en los casos de control obligatorio de constitucionalidad -respecto de proyectos de Leyes Orgánicas Constitucionales y leyes interpretativas de la Constitución-, el Tribunal Constitucional no actúa de oficio, sino que requiere que la Cámara de origen envíe el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquel en que quede totalmente tramitado por el Congreso (art. 82 CPR). Sin embargo, considero que la actividad que desarrolla la Cámara de origen al enviar el proyecto respectivo al Tribunal Constitucional, en ningún caso puede ser considerada como una actividad rogatoria de la actuación del tribunal..

En modo alguno podría ser comparada la actividad que desarrolla en este caso el Tribunal Constitucional, con la que desarrolla, por ejemplo, el juez penal, cuando lo requiere el Ministerio Público, actividad que se rige, por regla general, bajo el principio de Necesidad.