

Segundo Congreso
Conferencia Mundial de Justicia Constitucional
Tema II: Procedimientos de Operación de las Cortes Constitucionales.

Las audiencias públicas en los procedimientos de inconstitucionalidad de la ley: La experiencia del Tribunal Constitucional de Chile

Marisol Peña Torres
Ministra
Tribunal Constitucional de Chile¹

I. El procedimiento de inconstitucionalidad de la ley: la atribución más vigorosa de las Cortes Constitucionales.

1. Introducción.

Los procesos desarrollados por los Tribunales o Cortes Constitucionales persiguen asegurar la plena vigencia del principio de la supremacía de la Constitución así como de los derechos fundamentales en ella consagrados². Además, a los Tribunales o Cortes Constitucionales suele conferirse la resolución de conflictos entre distintos órganos del Estado.

En el caso del Tribunal Constitucional de Chile, esta última función tuvo especial importancia cuando este órgano se instituye, por primera vez, mediante la

¹ Ponencia preparada con la colaboración del abogado Sebastián López Magnasco, Relator del Tribunal Constitucional de Chile.

² La Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional español prescribe, en su artículo 27.1 que: "*Mediante los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad regulados en este Título, el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las Leyes, disposiciones o actos impugnados.*" Por su parte, el artículo 41.2, referido al amparo constitucional señala que: "*El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta Ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.*" El Código Procesal Constitucional del Perú (aprobado por Ley N° 28.237) indica, en su Título Preliminar, aludiendo a los "Fines de los Procesos Constitucionales" que: "*Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.*"

reforma constitucional del año 1970. Como sostiene el primer Presidente de nuestra Magistratura, Enrique Silva Cimma, la idea de establecer un Tribunal Constitucional en Chile se genera como consecuencia de las dificultades surgidas entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional con ocasión de la reforma constitucional promovida al derecho de propiedad en el año 1966. A juicio del profesor Silva Cimma, “los hechos demostraron la necesidad manifiesta de crear un Organismo que, con carácter jurisdiccional, se abocara a la solución de conflictos jurídico-institucionales entre el Ejecutivo y el Congreso (...). Con ese objeto, el 17 de enero de 1969, el Presidente Frei envió al Senado un nuevo proyecto de reforma constitucional, en el que específicamente contemplaba “el establecimiento de mecanismos eficaces para resolver los conflictos de poderes” y fundamentando su iniciativa manifestaba concretamente lo siguiente: “una 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 (...). Con este fin -agregaba más adelante- el proyecto en trámite consulta la creación del Tribunal Constitucional, encargado de dirimir los conflictos cuya raíz consiste en una encontrada interpretación de la Carta Fundamental (...).”³

Por su parte, en el caso de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, confiada a la Corte Suprema por la Constitución de 1925, como expresión del control concreto y posterior de la constitucionalidad de la ley, las discusiones que dieron origen al precepto respectivo dan cuenta de que se tuvo presente la necesidad de que esta institución conjugara dos finalidades: evitar el conflicto de poderes y, también, “dar suficiente garantía de la supremacía constitucional respecto de los particulares que se ven afectados por una ley inconstitucional.”⁴

En la discusión que precede a la vigencia de la Constitución Política de 1925, existe constancia de que no se estimó procedente avanzar en la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales, sosteniendo que “ello equivaldría a poner en abierta contradicción al Poder Judicial con el Poder Legislativo y podría estimular una frecuente intervención de la Corte Suprema en asuntos legislativos, que a la larga pudiera degenerar en abuso.”⁵

A su vez, en las discusiones que dan origen a la Constitución de 1980 puede observarse que, nuevamente, se intentó avanzar desde un control concreto de constitucionalidad de la ley hacia uno de carácter abstracto y *erga omnes* identificado con la declaración de inconstitucionalidad de la ley. Se propuso, en su

³ Silva Cimma, Enrique. *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*. 2ª edición. Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 38, 2008, pp. 32 y 34.

⁴ Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. Sesión 287ª, de 26 de abril de 1977. Opinión del comisionado Jaime Guzmán E., p. 999.

⁵ Guerra, José Guillermo. *La Constitución de 1925*. Establecimientos Gráficos Balcells, Santiago, 1929, p. 459.

momento, que una vez declarada la inaplicabilidad de un precepto legal a través de tres fallos uniformes y sucesivos, pudiera declararse su inconstitucionalidad, con efectos generales, ya fuera por la propia Corte Suprema o por el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, esta modalidad de control de constitucionalidad de la ley sólo vino a ser concretada por la reforma constitucional de 2005⁶ que confió al Tribunal Constitucional la atribución de resolver, por los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal que hubiera sido declarado inaplicable previamente (artículo 93, inciso primero, N° 7° de la Constitución).

La demora en establecer en Chile un procedimiento destinado a declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal con su consiguiente expulsión del ordenamiento jurídico viene a demostrar la dificultad que en nuestro país, como en el resto del mundo, ha suscitado el desarrollo de este tipo de procesos constitucionales. Tal dificultad puede atribuirse, precisamente, a la tensión que supone que el “garante” de la Constitución –un Tribunal o Corte Constitucional– deje sin efecto la expresión de voluntad del órgano legitimado por la ciudadanía para representarla en la adopción de las decisiones que van a incidir en la marcha de los asuntos colectivos. Con mayor razón, cuando los Tribunales o Cortes constitucionales no suelen originarse en la elección popular adoleciendo de una suerte de “déficit democrático” que les impediría anular la obra del legislador⁷.

Visto desde esta perspectiva, la sola existencia de un proceso destinado a declarar la inconstitucionalidad de una ley parece presentarse como una excepción al principio de la separación de funciones del Estado, al menos en la forma tradicionalmente concebida por Montesquieu en “El Espíritu de las Leyes”.

En el contexto del tema general de este Congreso, esta ponencia pretende recordar que al creador de la jurisdicción constitucional concentrada -Hans Kelsen- nunca pretendió dar vida a una institución que manifestara una pugna con el principio de separación de funciones sino que, más bien, se erigiera como un

⁶ Ley N° 20.050.

⁷ Mauro Capeletti resume la “objeción democrática” de la siguiente forma: “*Nadie debería permanecer tranquilo ante tan sombría advertencia (el desvío de la magistratura del camino democrático), que podría aparecer especialmente justificada en el caso de un control jurisdiccional de las leyes, en el que la fuerza creadora judicial podría considerarse no sólo como un desvío respecto del proceso legislativo, sino incluso como su aniquilación (...) incluso jueces que trabajan muy sinceramente para proteger las libertades públicas podrían, a la larga y sin quererlo ellos, transformarse en instrumentos de la tiranía, si les falta la legitimidad democrática.*” Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. En: *Obras. La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. Editorial Porrúa, México, 2007, p. 323.

complemento de ésta desde el punto de vista del reforzamiento del Estado de Derecho.

En ese contexto, los procesos de inconstitucionalidad de la ley no sólo deben dar debida cabida a la expresión de voluntad de los órganos colegisladores, sino que también a la misma ciudadanía, ya sea a través de la concesión de una acción pública para iniciarlos o de su activa participación a lo largo del proceso constitucional. Este predicamento ha sido especialmente considerado, en el último tiempo, por el Tribunal Constitucional de Chile, el que ha impulsado el desarrollo de audiencias públicas en forma previa a la vista de la causa, para escuchar la opinión de los distintos sectores ciudadanos interesados en la declaración de inconstitucionalidad de la ley. Nos proponemos dar cuenta de los resultados de esa experiencia bajo la hipótesis de que ella contribuye a reforzar la idea de que el procedimiento de inconstitucionalidad de la ley no sólo contribuye a reforzar el Estado de Derecho sino que el mismo régimen democrático.

2. Mirada retrospectiva al pensamiento de Kelsen.

Hans Kelsen concibió la acción de los Tribunales Constitucionales como una garantía de la Constitución, esto es, como una garantía de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir, garantías de la constitucionalidad de las leyes.⁸ Agregaba que “la Constitución dispone, en el fondo, que las leyes no solamente deberán ser elaboradas según el procedimiento que ella prescribe, sino, además, que no podrían contener ninguna disposición que menoscabe la igualdad, la libertad, la propiedad, etc. Así, la Constitución no es solo una regla de procedimiento, sino, además, una regla de fondo.”⁹ Quedaba, así sentada la idea de que la garantía jurisdiccional de la Constitución, representada por los Tribunales Constitucionales, abarcaba tanto la protección de la constitucionalidad de forma como de la constitucionalidad de fondo.

La relación entre la actividad de los Tribunales Constitucionales y el Estado de Derecho constituye un punto importante en el pensamiento de Kelsen. Sostenía, en este sentido, que “el reclamo político-jurídico de garantías de la Constitución, es decir, de instituciones por medio de las cuales se controla la constitucionalidad del comportamiento de ciertos órganos del Estado inmediatamente subordinados a ella, como el Parlamento o el Gobierno, responde al principio específico de la máxima juridicidad de la función estatal, propia del Estado de Derecho.”¹⁰

⁸ Kelsen, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional) (Traducción de Domingo García Belaúnde). En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10, julio-diciembre 2008, p. 8.

⁹ *Ibidem*, p. 12.

¹⁰ Kelsen, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 4.

Resulta, entonces, que la propia idea de establecer una jurisdicción especialmente destinada a controlar la constitucionalidad de la ley constituye una garantía del sometimiento del poder al derecho. Esta idea se asocia al mismo origen de la Constitución escrita como una forma de controlar o limitar el poder, especialmente aquél que es ejercido a través de los actos del Parlamento o del Gobierno. Por ello es que Kelsen descarta que este control y, por ende, la garantía de la Constitución, pueda ser confiada a aquellos órganos a los que la misma Constitución confiere el ejercicio total o parcial del poder, haciendo prevalecer el principio según el cual “nadie puede ser juez de su propia causa”.¹¹ Basado en esta idea es que el jurista vienés impulsaba la idea de que sólo un tribunal puede asumir la delicada tarea de confrontar los actos de los órganos que ejercen el poder del Estado (Gobierno, Parlamento).

No desconocemos aquí la fuerte crítica que este pensamiento despertó en sus orígenes, pues se pensaba que atribuir a los tribunales la garantía de la Constitución suponía involucrarlos en cuestiones políticas que tenderían, inevitablemente, a desnaturalizar la función jurisdiccional. El propio Kelsen prefería soslayar esta discusión sosteniendo que “la anulación de un acto legislativo por un órgano distinto del órgano legislativo constituye una invasión al “poder legislativo”, como se dice habitualmente. Pero el carácter problemático de esta argumentación se ve más claramente si se considera que el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales, no ejerce, propiamente, una verdadera función jurisdiccional, aun cuando tenga –por la independencia de sus miembros- la organización de tribunal. Por más que se las pueda distinguir, la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa, consiste, ante todo, en que ésta crea normas jurídicas generales, en tanto que la otra, no crea sino normas individuales.”¹²

Con todo, un apropiado enfoque para entender por qué el control de la constitucionalidad de la ley supone un control jurídico que puede ser atribuido, sin problemas, a los tribunales se encuentra en el razonamiento del Chief Justice John Marshall, en el famoso caso “Marbury vs. Madison”, fallado por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, en el año 1803, que da inicio al sistema de la *judicial review*. Sostenía, el juez Marshall que “la Constitución es una ley y, por lo tanto, siendo deber de cada juez proceder a la interpretación de las leyes para decidir las controversias a él sometidas, también el Tribunal Supremo tiene el derecho-deber de interpretar la Constitución con el fin de resolver cada eventual antinomia o conflicto entre las normas. Así las cosas, puesto que el texto constitucional sitúa a la Constitución misma, como fuente, en un plano superior al de las otras leyes, compete al Tribunal Supremo (y al resto de los jueces) verificar si una ley es conforme (“in pursuance”) a ella antes de considerarla aplicable al

¹¹ Kelsen, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Editorial Tecnos, Madrid, 2002., p. 5.

¹² Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Ob. Cit., p. 24.

caso concreto. Si esta conformidad no existe, el juez no puede hacer otra cosa que declararla nula e ineficaz.”¹³

Es claro es que el creador de la jurisdicción constitucional concentrada descartó que el control de constitucionalidad de la ley importara una violación al principio de separación de funciones del Estado. Afirmó categóricamente que “la institución de la justicia constitucional no está de ninguna manera en contradicción con el principio de la separación, sino, por el contrario, es una afirmación de éste.”¹⁴ De allí que su tesis apunta a concebir la declaración de inconstitucionalidad de la ley, por parte de los Tribunales Constitucionales, como un reparto de poder entre distintos órganos, de forma de permitir un control recíproco de los unos sobre los otros. Y ello, no únicamente para impedirles la concentración de un poder excesivo en las manos de un solo órgano sino, además, para garantizar la regularidad del funcionamiento de los distintos órganos.¹⁵

Si el control de la constitucionalidad de la ley importa un control de la jurisdicción constitucional sobre el legislador puede entonces sostenerse que él constituye una expresión de los *checks and balances* propios de un Estado de Derecho. Así lo ha afirmado precisamente el Tribunal Constitucional de Chile en la primera sentencia que declaró inconstitucional un precepto legal (el artículo 116 del Código Tributario) luego de serle confiada esta atribución por la reforma constitucional de 2005:

“(…) debe considerarse que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable en casos particulares, en nada vulnera sino que, por el contrario, refleja y garantiza el necesario respeto hacia la labor de los órganos colegisladores y la plena eficacia de la presunción de constitucionalidad de la ley generada por los órganos legitimados para ello dentro de un Estado democrático. Este principio, reiterado en la jurisprudencia de este Tribunal, constituye una expresión que concreta la separación de funciones del Estado y su asignación a los órganos competentes, que se encuentra expresamente establecida en el artículo 7^o, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

Asimismo, el control a posteriori de constitucionalidad de la ley, que puede derivar, como en este caso, en la expulsión de un precepto del ordenamiento jurídico positivo, es una competencia

¹³ Citado por Pegoraro, Lucio. *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*. Editorial Dykinson, Madrid, 2004, p. 33.

¹⁴ Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Ob. Cit. p. 25.

¹⁵ Ibidem.

que procura regular el correcto funcionamiento y la eficacia del Estado de Derecho, lográndose con ello el fortalecimiento constante de los sistemas de frenos y contrapesos en el actuar de los órganos del Estado en forma compatible con aquella división de funciones prevista en los artículos 6º y 7º de la Constitución.”¹⁶

Coincide, en este punto, la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile con la afirmación de Mauro Capeletti en el sentido que “es precisamente en la garantía de una legalidad superior, que el control judicial de constitucionalidad de las leyes encuentra su razón de ser: y se trata de una garantía que ahora ya es considerada por muchos como un importante, si no necesario, coronamiento del Estado de Derecho y que, contrapuesta a la concepción del Estado absoluto, representa uno de los valores más preciosos del pensamiento jurídico y político contemporáneo.”¹⁷

En lo que se refiere, ahora, a los efectos que produce la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, suele sostenerse que la diferencia entre los sistemas americano (de la *judicial review*) y austríaco (propio de la jurisdicción constitucional concentrada) radica en que, en el primero, la citada declaración tiene un efecto declarativo de mera verificación de una nulidad preexistente con efectos *ex tunc* o retroactivos, mientras que, en el sistema austríaco, la declaración tiene un efecto constitutivo de la invalidez, esto es, un efecto de anulación con efectos *ex nunc* o hacia el futuro que impide los efectos retroactivos.¹⁸

El sistema austríaco refleja, claramente, el pensamiento de Kelsen sobre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la ley. Sostenía, en efecto, que sería conveniente, en interés de la propia seguridad jurídica, no atribuir, en principio, ningún efecto, retroactivo a la anulación de normas generales. Admitía, sin embargo, que ciertas situaciones pueden hacer necesaria una anulación retroactiva, pero sólo en casos excepcionales limitados a cierto tipo de actos o a una cierta categoría de casos.”¹⁹

El evidente vacío que genera la declaración de inconstitucionalidad de la ley ha llevado a que varios ordenamientos comparados (Austria, Alemania, Turquía) confíen a sus Tribunales Constitucionales la facultad de modelar los efectos de tal declaración por la vía de diferir, en el tiempo, los efectos de la declaración, a fin de permitir que el legislador pueda asumir su responsabilidad frente a la producción de ese vacío.

¹⁶ Sentencia Rol 681, de marzo de 2007. Considerando 7º.

¹⁷ Capeletti, Mauro. El control judicial de las leyes en el derecho comparado. En: Obras. *La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. Editorial Porrúa, México, 2007, p. 108.

¹⁸ Ibidem, pp. 98-99.

¹⁹ Kelsen, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución. Ob. Cit., pp. 20 y 21. .

II. Exigencias procedimentales de los procesos de inconstitucionalidad de la ley. El caso de Chile

1. El derecho comparado.

Las cuestiones de inconstitucionalidad de una ley con efectos generales pueden ser promovidas por ciertos órganos constitucionales²⁰; por los propios Tribunales Constitucionales actuando de oficio²¹ o por medio de una acción pública²². En otros términos, dependiendo del sistema jurídico particular, la legitimación activa para interponer una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal o Corte Constitucional suele no estar restringida sólo a ciertos órganos constitucionales.

En diversos ordenamientos jurídicos se restringe la posibilidad de interponer la cuestión de inconstitucionalidad hasta un determinado tiempo después de la entrada en vigencia de la ley que se impugna²³.

La regla general, por su parte, es que, admitida a tramitación la cuestión de constitucionalidad se confiere traslado a los órganos colegisladores para que manifiesten su opinión sobre la posible expulsión del precepto legal cuestionado del ordenamiento jurídico dentro de un plazo determinado.

²⁰ La Ley 2/1979, Orgánica del Tribunal Constitucional de España dispone, en su artículo 32.1, que “están legitimados para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad cuando se trata de Estatutos de Autonomía y demás Leyes del Estado, Orgánicas o en cualesquiera de sus formas, y disposiciones normativas y actos del Estado o de las Comunidades Autónomas con fuerza de Ley, Tratados Internacionales y Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales: a. El Presidente del Gobierno; b. El Defensor del Pueblo; c. Cincuenta diputados y d. Cincuenta senadores.”

²¹ El artículo 140 de la Constitución de Austria permite al Tribunal Constitucional instituir un proceso de oficio ante la posible inconstitucionalidad de una ley cuando ese mismo tribunal tenga que aplicarla a un litigio pendiente pudiendo llegar a anularla.

²² La Ley de Amparo, Exhibición Personal y de constitucionalidad de Guatemala indica, en su artículo 134, que “tiene legitimación activa para plantear la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general: a) La Junta Directiva del Colegio de Abogados actuando a través de su Presidente; b) El Ministerio Público a través del Procurador General de la Nación; c) El Procurador de Derechos Humanos en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que afecten intereses de su competencia; y d) *Cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos.*”

²³ Véase, por ejemplo, el artículo 100 del Código Procesal Constitucional del Perú, según el cual “la demanda de inconstitucionalidad de una norma debe interponerse dentro del plazo de seis años contado a partir de su publicación, salvo en el caso de los tratados en que el plazo es de seis meses. Vencido los plazos indicados, prescribe la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 51º y por el segundo párrafo del artículo 138º de la Constitución.”

Con todo, el impulso procesal suele estar radicado en el propio Tribunal Constitucional, atendido el interés público comprometido en la eventual declaración de inconstitucionalidad. El Código Procesal Constitucional del Perú dispone en este sentido que: “Admitida la demanda, y en atención al interés público de la pretensión discutida, el Tribunal Constitucional impulsará el proceso de oficio con prescindencia de la actividad o interés de las partes (...)” (artículo 106). El interés público comprometido en los procesos de inconstitucionalidad de una ley se relaciona, ciertamente, con la depuración del ordenamiento jurídico en respeto de la supremacía constitucional que este tipo de pronunciamientos supone.

En los procesos de inconstitucionalidad de la ley no se ha previsto, por regla general, la expresión del interés de los integrantes de la sociedad civil que, sin haber participado en el proceso de generación de la ley, puedan tener un interés en mantener su vigencia o, por el contrario, en su declaración de inconstitucionalidad con su consiguiente desaparición del ordenamiento jurídico. Puede especularse que esta posibilidad de participación directa de la sociedad civil en los procesos de inconstitucionalidad sería propia solamente de sistemas de democracia semi-directa, pero no de democracias representativas, como las que abundan en nuestros Estados, caracterizadas porque los ciudadanos confieren derechamente las responsabilidades de la formación de la ley a los órganos colegisladores quienes están obligados a respetar el principio de supremacía constitucional.

Luego, examinado los ordenamientos comparados, no se encuentran casos frecuentes en que los Tribunales Constitucionales estén facultados para convocar a audiencias públicas destinadas a oír –aunque no en calidad de partes del proceso- a diferentes personas, sectores o entidades integrantes de la sociedad civil y que puedan tener algún tipo de interés en el proceso de inconstitucionalidad de la ley. El Decreto 2067, de 1991, que regula el proceso de inconstitucionalidad en Colombia contempla la posibilidad de que un magistrado de la Corte Constitucional proponga que se convoque a una audiencia para que quien hubiere dictado la norma impugnada o participado en su elaboración, por sí o por intermedio de apoderado, y el demandante concurren a responder preguntas destinadas a profundizar en los argumentos expuestos por escrito o aclarar hechos relevantes para tomar la decisión. La Corte, por mayoría de los asistentes, decidirá si convoca a la audiencia.²⁴

Un concepto más amplio de la audiencia pública en los procesos de inconstitucionalidad puede encontrarse en la Ley de Amparo, Exhibición Personal

²⁴ Rey Cantor, Ernesto. La legitimación activa y legitimación pasiva en la jurisdicción constitucional colombiana. En: Nogueira Alcalá, Humberto (Coordinador). *Jurisdicción Constitucional en Chile y América Latina: Presente y Prospectiva*. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 211.

y de Constitucionalidad de Guatemala, cuyo artículo 139 indica: “Audiencia, vista y resolución. Si no se dispone la suspensión provisional o, en su caso, decretada ésta, se dará audiencia por quince días comunes al Ministerio Público y a cualesquiera autoridades o *entidades* que la Corte de Constitucionalidad estime pertinente, transcurridos los cuales, se haya evacuado o no la audiencia, de oficio se señalará día y hora para la vista dentro del término de veinte días.” Al referirse a “entidades” entendemos, en todo caso, que a las personas naturales les estaría vedada la posibilidad de hacerse oír en el proceso de inconstitucionalidad, a menos que se trata del accionante o requirente que tiene la calidad de parte.

Si bien se ha sostenido que en los procesos destinados a resolver la eventual inconstitucionalidad de una ley, la prueba se torna innecesaria, no puede negarse la importancia que reviste, para el Tribunal, la determinación de todas las hipótesis posibles de aplicación de la norma, a fin de concluir si todas ellas se traducen en una pugna con la Constitución, única hipótesis en que se puede expulsar la norma del ordenamiento jurídico como producto de un control abstracto de esta naturaleza. De allí que, para el Tribunal Constitucional español, la importancia de la audiencia, en la fase de la vista de la causa, no se puede minimizar reduciéndola a un simple trámite carente de trascendencia.²⁵

Es por ello que pareciera que el proceso destinado a la declaración de inconstitucionalidad de una ley no debiera restringirse a una audiencia en que sólo se reiteren las pretensiones de las partes. Por el contrario, todo aconseja escuchar otros puntos de vista relacionados, por ejemplo, con los efectos que puede acarrear la declaración de inconstitucionalidad en toda la sociedad y que, evidentemente, pueden superar el mero interés de las partes.

2. El procedimiento sobre inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable en Chile.

La “cuestión de inconstitucionalidad de la ley” se puede conceptualizar como la potestad del Tribunal Constitucional de declarar inconstitucional en abstracto, con efectos *ex nunc* y *erga omnes*, un precepto legal ya declarado inaplicable, potestad que puede ser ejercida de oficio o impulsada por vía de acción pública.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 7 de la Constitución chilena, es atribución del Tribunal Constitucional “resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable”, y según dispone

²⁵ Gozáini, Osvaldo Alfredo. La prueba en los procesos constitucionales. En: Bazán, Víctor (Coordinador). *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*. Tomo II. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 796.

el inciso decimosegundo del mismo artículo, “una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal (...), habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio. Corresponderá a la ley orgánica constitucional respectiva establecer los requisitos de admisibilidad, en el caso de que se ejerza la acción pública, como asimismo regular el procedimiento que deberá seguirse para actuar de oficio”.

La ley a que alude este precepto de la Constitución corresponde a la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional -cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado recientemente por el Decreto con Fuerza de Ley N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia- y que, en sus artículos 93 a 104 del Párrafo 7, denominado “Cuestiones de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable”, regula este procedimiento.

Como características generales de esta cuestión de inconstitucionalidad de la ley, se pueden señalar las siguientes:

- a) Se trata de un control de constitucionalidad *ex post*, ya que actúa sobre preceptos legales vigentes y su objeto es la derogación de la ley inconstitucional;
- b) Es un mecanismo de efectos generales o *erga omnes*, depurador del sistema normativo, pues la norma declarada inconstitucional es expulsada del ordenamiento jurídico;
- c) Es un control con efectos *ex nunc* o irretroactivos, tal cual lo dispone la Constitución chilena, al señalar en su artículo 94 que el precepto legal declarado inconstitucional “se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoga el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”;
- d) El procedimiento se puede iniciar de oficio por el Tribunal o por solicitud de un sujeto activo en ejercicio de la acción pública que confiere la Constitución para solicitar la declaración de inconstitucionalidad;
- e) Exige como presupuesto una sentencia que acoga, al menos, una inaplicabilidad recaída en el mismo precepto legal, y
- f) Requiere un quórum aumentado para resolverla, pues la Carta Fundamental exige la mayoría de los cuatro quintos de los Ministros del Tribunal, a diferencia de la inaplicabilidad de la ley, que requiere sólo de mayoría absoluta.

En cuanto a su procedencia, puede solicitarse respecto de preceptos legales vigentes, sean anteriores o posteriores a la reforma constitucional de 2005, o parte

de los mismos, en la medida que a lo menos una vez hayan sido declarados inaplicables con anterioridad. El inciso segundo del artículo 93 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (LOCTC) aclara que “esta cuestión no podrá promoverse respecto de un tratado ni de una o más de sus disposiciones”.

El sujeto activo de la acción de inconstitucionalidad, como se dijo, puede ser el propio Tribunal Constitucional, de oficio, o cualquier persona por vía de acción pública, y de ello dependerá la forma de iniciación del procedimiento: (i) Si fue iniciado de oficio, el artículo 94 LOCTC dispone que el Tribunal “así lo declarará en una resolución preliminar fundada, que individualizará la sentencia de inaplicabilidad que le sirve de sustento y las disposiciones constitucionales transgredidas”. Es decir, el Tribunal debe dictar un auto fundado a través del cual se ordene abrir el proceso, conocido como “auto cabeza de proceso”; en cambio, (ii) si es iniciado por vía de acción pública, el artículo 95 LOCTC señala que “la o las personas naturales o jurídicas que la ejerzan deberán fundar razonablemente la petición, indicando precisamente la sentencia de inaplicabilidad previa en que se sustenta y los argumentos constitucionales que le sirven de apoyo”.

En el segundo evento descrito, esto es, si el proceso se inicia por acción pública, procede un examen de admisión a trámite por parte del Tribunal. Así, si no se cumple con los requisitos recién indicados respecto de la acción pública, el requerimiento “no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales” (artículo 95, inciso segundo LOCTC), resolución que debe ser fundada y dictarse dentro del plazo de 3 días desde que se de cuenta del requerimiento en el Pleno del Tribunal. Sin perjuicio de lo anterior, si se trata de defectos de forma o de la omisión de antecedentes, el Tribunal dictará una resolución en que “otorgará a los interesados un plazo de tres días para que subsanen aquéllos o completen éstos”, bajo el apercibimiento de que “si así no lo hacen, el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales” (artículo 95, inciso tercero LOCTC).

Si el proceso que comenzó por acción pública pasó la fase de admisión a trámite, es objeto de un segundo examen, en fase de admisibilidad, debiendo el Tribunal pronunciarse en ese sentido dentro de los 10 días siguientes de acogido a tramitación. El artículo 96 LOCTC faculta al requirente para solicitar alegatos de admisibilidad, siendo facultativo para el Tribunal concederlos, pero si así lo hace, el mismo precepto legal ordena que deberá dar traslado por 10 días “a quienes aparezcan como partes en la cuestión de inconstitucionalidad”, para que hagan llegar sus observaciones dentro de dicho plazo.

El artículo 97 LOCTC establece que procederá declarar la inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad promovida mediante acción pública, en los siguientes dos casos: (i) cuando no exista sentencia previa que haya declarado la inaplicabilidad del precepto legal impugnado, y (ii) cuando la cuestión se funde en un vicio de inconstitucionalidad distinto del que motivó la declaración de inaplicabilidad del precepto impugnado.

En concordancia con lo dispuesto en el artículo 94 de la Constitución, el mismo artículo 97 LOCTC señala que en contra de la resolución que declara la inadmisibilidad no procederá recurso alguno, poniéndose término en este evento, al proceso de inconstitucionalidad. En todo caso, la resolución que declare la inadmisibilidad debe ser fundada y su efecto es que “el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”, debiendo además ser comunicada a la Cámara de Diputados, al Senado y al Presidente de la República.

En el evento de que el requerimiento sea declarado admisible, o bien cuando este se hubiere iniciado de oficio por el Tribunal, el procedimiento continúa poniendo la resolución respectiva –esto es, la que declara admisible la acción pública o la que inicia el proceso de oficio- en conocimiento de ambas Cámaras del Congreso Nacional y del Presidente de la República para que, en su calidad de órganos constitucionales interesados, puedan formular las observaciones y acompañar los antecedentes que estimen pertinentes, dentro del plazo de veinte días (artículo 98 LOCTC).

El procedimiento continúa con la vista de la causa. Así, una vez formuladas las observaciones o acompañados los antecedentes por los órganos constitucionales interesados o vencidos los plazos para ello, el Presidente del Tribunal ordenará traer los autos en relación y la causa será agregada al Rol de Asuntos en Estado de Tabla. Luego, se procederá en audiencia pública a la vista de la causa, que se iniciará con la relación y continuará con los alegatos de las partes que lo hayan solicitado.

Conforme se explicará más adelante, es de la máxima relevancia destacar que el Tribunal Constitucional chileno ha entendido que, velando por el principio democrático y haciendo aplicable el derecho de petición consagrado en el artículo 19 N° 14° de la Constitución chilena, se ha dispuesto en estos procesos, además, la realización de audiencias públicas previas a la vista de la causa, permitiendo que toda persona o institución interesada en aportar antecedentes que coadyuven

a la solución del asunto, pueda concurrir a hacer presente lo que estime pertinente al Tribunal, permitiéndoseles además, hacer presentaciones por escrito en tal sentido. El fundamento inmediato de la resolución que dispone las audiencias públicas se encuentra en el artículo 37 de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional que permite “decretar las medidas que estime del caso tendientes a la más adecuada sustanciación y resolución del asunto de que conozca.”

La experiencia indica que estas audiencias públicas y el aporte de la ciudadanía en general, ha influido directamente en las sentencias del Tribunal Constitucional, según se ejemplificará más abajo.

Luego de la vista de la causa, el Tribunal Pleno debe adoptar el acuerdo y designar al Ministro redactor del fallo, sin perjuicio de que debería entenderse que también podría antes de ello decretar medidas para mejor resolver. El plazo para dictar sentencia, conforme al artículo 100 LOCTC, es de treinta días, contados desde que concluya la tramitación de la causa, y podrá ser prorrogado hasta por otros quince días, por resolución fundada del Tribunal.

En el evento de que la sentencia declare la inconstitucionalidad de todo o parte de la norma legal cuestionada –lo que deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento-, según ordena el artículo 94 de la Constitución, será publicada *in extenso* en el Diario Oficial, dentro de tercero día, momento a partir del cual producirá sus efectos, que consistirán en que el precepto legal declarado inconstitucional se entenderá derogado, sin efecto retroactivo, lo que significa que los actos realizados al amparo del precepto declarado inconstitucional con anterioridad a la publicación de la sentencia son válidos.

Se ha señalado, en este sentido, que “en otras palabras, la sentencia no afectará los derechos adquiridos ni las situaciones jurídicas consolidadas al amparo del precepto que se declare inconstitucional, *antes* de la publicación del fallo” (Ríos Álvarez, Lautaro, *El Nuevo Tribunal Constitucional*, en “Reforma Constitucional”, LexisNexis, 2005, p. 642).

En relación al efecto de la sentencia que declara la inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional, en su sentencia Rol N° 171 0 ha indicado:

“Que la doctrina y esta misma sentencia han señalado que esta norma consagra expresamente que las sentencias del Tribunal Constitucional producen efectos ex nunc (Nogueira, Humberto, *El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional de 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias*, en: Francisco Zúñiga (coordinador), *Reforma constitucional*, Editorial LexisNexis, 2005, p. 615), esto es, produce efectos desde la publicación del fallo “hacia el futuro, no afectando situaciones anteriores producidas al amparo de dicha norma” (ob. cit., p. 608). De esta manera, ‘ni el Tribunal Constitucional ni el legislador orgánico constitucional podrán dar efecto retroactivo a las sentencias que expulsan de nuestro ordenamiento jurídico disposiciones de rango constitucional’ (ob. cit., p. 615). Este Tribunal Constitucional, por su parte, ha señalado que el hecho de que su sentencia carezca de efectos retroactivos significa que no afecta situaciones acaecidas ni actos realizados con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial (Sentencia Rol 597, considerando 5º) (Considerando 167º)”;

“Que como consecuencia de lo anterior se puede concluir que la irretroactividad se traduce en que la sentencia no puede afectar ‘situaciones anteriores producidas al amparo de dicha norma’ (Nogueira, Humberto, *El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional de 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias*, ob. cit., p. 467), ni ‘situaciones acaecidas ni actos realizados con anterioridad’ (Sentencia Rol 597). Así, la sentencia que dicte el Tribunal Constitucional no puede afectar situaciones consolidadas, esto es, nacidas y concluidas bajo el imperio de la o las normas declaradas inconstitucionales (Considerando 168º)”;

Y el Tribunal ha concluido en la misma sentencia, “que la regla constitucional señalada resulta de una adecuada consideración entre la seguridad jurídica y la supremacía constitucional. Si bien la supremacía constitucional exigiría la expulsión de todas las normas que pugnen con la Constitución, la seguridad jurídica exige limitar dichos efectos para no afectar a quienes actuaron bajo la expectativa de que el marco legal vigente era regular (Considerando 169º)”;

Aclarando el alcance de este efecto que produce la sentencia de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional, asimismo, ha sostenido en la aludida sentencia que “debe tenerse presente que la derogación o expulsión de una norma por una declaración de inconstitucionalidad tiene un alcance distinto a una derogación de una norma por el legislador. El Tribunal Constitucional es un órgano que falla de acuerdo a derecho (artículo 92 de la Carta Fundamental); no es un ente de deliberación política que se pronuncie sobre cuestiones de mérito, como los órganos colegisladores. Por ello, su declaración de inconstitucionalidad se basa en que la norma posee un vicio. En cambio, la derogación realizada por el legislador se basa en una nueva evaluación política de la situación. Es una decisión de mérito político. De hecho, es posible hacer un paralelo entre la derogación por inconstitucionalidad efectuada por el Tribunal Constitucional y la derogación efectuada por el legislador, con la invalidación y la revocación de un acto administrativo que efectúa la Administración. Unas situaciones se basan en un vicio y las otras, en cambio, en una valoración de mérito” (considerando 1719).

III.- Las audiencias públicas en los procesos de inconstitucionalidad de la ley: la experiencia chilena.

Como se ha visto en el acápite anterior, el procedimiento establecido en relación a la cuestión de inconstitucionalidad de un precepto legal previamente declarado inaplicable contempla, conforme disponen los artículos 97 y 98 LOCTC, la intervención en el proceso de quien haya recurrido, en el caso que se haya iniciado la cuestión en ejercicio de acción pública y -tanto en este caso como en aquel en que la cuestión se haya iniciado de oficio por el propio Tribunal Constitucional-, de la Cámara de Diputados, el Senado y el Presidente de la República, a quienes se les comunicará, en su calidad de órganos constitucionales interesados, la existencia de este proceso constitucional para que formulen sus observaciones o acompañen los antecedentes que estimen pertinentes, dentro del plazo de 20 días.

En relación a lo anterior, el artículo 44 LOCTC dispone que “son órganos y personas legitimados aquellos que, de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política de la República, están habilitados para promover ante el Tribunal cada una de las cuestiones y materias de su competencia”, y agrega que “son órganos constitucionales interesados aquellos que, de conformidad a esta ley, pueden intervenir en cada una de las cuestiones que se promuevan ante el Tribunal, sea en defensa del ejercicio de sus potestades, sea en defensa del orden

jurídico vigente”, y que “son parte en los procesos seguidos ante el Tribunal el o los órganos y la o las personas que, estando constitucionalmente legitimados, han promovido una cuestión ante él (...). También podrán serlo los órganos constitucionales interesados que, teniendo derecho a intervenir en una cuestión, expresen su voluntad de ser tenidos como parte dentro del mismo plazo que se les confiera para formular observaciones y presentar antecedentes”.

Es interesante destacar que dada la supremacía constitucional involucrada en el proceso de inconstitucionalidad de la ley y el impacto de la posible declaración de inconstitucionalidad, se podría pensar que, además de los órganos constitucionales interesados y del requirente, en su caso, podría ser relevante oír dentro del proceso a otras personas, instituciones o grupos que puedan tener interés en la resolución de la cuestión o aun no teniéndolo, puedan aportar al debate, tanto desde el punto de vista jurídico como técnico. En este sentido ya se manifestaba la doctrina, aun antes de la modificación de la LOCTC y del establecimiento del procedimiento especial aplicable a la cuestión de inconstitucionalidad de la Ley. Así por ejemplo, Gastón Gómez Bernales sostenía que la legitimidad atribuida por la reforma tanto al propio Tribunal Constitucional como a cualquier persona, para reclamar la inconstitucionalidad partiendo del supuesto de la declaración de inaplicabilidad previa, opera sobre la base de que “existe un interés público en establecer si es inconstitucional o no el enunciado normativo que ampara el precepto y, por ello, se abre una legitimación amplia (que no excluye a quien obtuvo la sentencia favorable de inaplicabilidad). (...) En tal caso, el propio Pleno deberá pronunciarse sobre la *derogación* del precepto mediante un procedimiento que ofrezca garantías de que existirá debate público sobre el tema. (...) La LOCTC debiera establecer, para que el Tribunal Constitucional determine la inconstitucionalidad, un procedimiento socialmente abierto con amplia intervención de quienes tienen pareceres constitucionales respecto de la ley cuestionada (no la representación de intereses privados)” (Gómez Bernales, Gastón, *La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional*, en “Reforma Constitucional”, LexisNexis, 2005, p. 681).

Es del caso que el mismo Tribunal Constitucional ha hecho suyo este razonamiento y, aun cuando la LOCTC no lo exige, ha incluido en los procedimientos de inconstitucionalidad de preceptos legales la existencia de audiencias públicas abiertas a órganos y personas que no son legitimados en los términos del artículo 44 LOCTC, incluyendo en general a la ciudadanía toda, y permitiendo que quienes no son parte en el proceso igual puedan concurrir a él, oralmente o por escrito, a fin de manifestar sus intereses y apreciaciones sobre la

constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto legal cuestionado. Esto ha llegado a ser en tal medida interesante y coadyuvador en la tarea del Tribunal Constitucional que incluso se puede apreciar que ha llegado a influir en las decisiones adoptadas por esta Magistratura en los procesos de inconstitucionalidad de la ley, como se verá en los casos que se citarán a continuación.

“Caso Isapres”

La sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1710, de 6 de agosto de 2010, resolvió que los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, sobre Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES), eran inconstitucionales.

El artículo 38 ter es un precepto legal bastante extenso (tiene siete incisos) y que regula una serie de materias sobre la determinación del precio de los planes de salud que el afiliado está obligado a pagar a la respectiva Isapre. En concreto, los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero, que se declararon inconstitucionales, establecían las reglas a las que debía sujetarse la fijación de los rangos de edad en las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Salud. La observancia de estas reglas fue prevista en la ley como una condición de ejercicio, tanto de la potestad de la Superintendencia para fijar la estructura de las tablas de factores regulada en el inciso segundo, como de la libre determinación de los factores dentro de la tabla por parte de las Isapres, conforme al inciso cuarto del mismo artículo.

En relación a lo anterior, valga señalar que en el sistema actual en Chile, las tablas de factores están incorporadas dentro del esquema adoptado por el legislador que determina que el valor que puede cobrar la Isapre por el plan de salud, se compone del producto de multiplicar el precio base asignado al respectivo plan -que representa los costos generales, según sus coberturas y beneficios-, por el factor que se aplica según la tabla de factores establecida por la Isapre e incorporada al plan que cada afiliado elige -y que representa los costos específicos asociados a la persona que contrata, dados por la edad, el sexo y la condición de cotizante o carga-. Lo que el Tribunal declaró inconstitucional, entonces, fueron las reglas que fijaban los antedichos numerales del inciso tercero del artículo 38 ter, en relación a la facultad de la Superintendencia de Salud para fijar, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las aludidas tablas de factores.

El proceso se inició de oficio por el Tribunal, habiéndose declarado previamente inaplicable el mismo precepto legal en cuatro oportunidades (sentencias roles N°s 976, 1218, 1273 y 1287). Y, en cumplimiento del procedimiento dispuesto en la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, la resolución que dispuso la apertura del proceso se puso en conocimiento del Presidente de la República, del Senado y de la Cámara de Diputados, en sus calidades de órganos constitucionales interesados, haciendo el Presidente de la República uso de su derecho a presentar observaciones e instando por que se declarara que el precepto legal no era inconstitucional y, además, oyéndose en la vista de la causa los alegatos de un abogado en representación del Poder Ejecutivo.

Pero, además, esta Magistratura Constitucional dispuso la realización de audiencias públicas previas al día de la vista de la causa, en las que pudieron exponer por escrito y oralmente sus observaciones las instituciones y organizaciones representativas de los intereses involucrados en el asunto materia de este proceso constitucional, fijándose al efecto un plazo. Concurrieron a dichas audiencias públicas diversas personas y organizaciones, de la más amplia gama, incluyendo a las mismas ISAPRES, asociaciones, académicos e incluso personas naturales.

Como se señaló, la LOCTC no exige que concurren a este proceso que fue abierto de oficio por el Tribunal sino los órganos constitucionales interesados. Sin embargo, haciendo uso de la facultad establecida en el artículo 37 LOCTC, mediante resolución de 11 de mayo de 2010, se declaró que “esta Magistratura Constitucional estima que puede contribuir a la mejor resolución de este proceso oír, también, a aquellas instituciones y organizaciones representativas de los intereses involucrados en el proceso constitucional que, contando con información especializada sobre la materia de autos, deseen acompañarla o exponerla en la forma y oportunidad que se disponga”. A continuación resolvió abrir en el expediente un cuaderno especial para agregar las presentaciones que formulen las aludidas instituciones y organizaciones, en que se contengan sus observaciones y antecedentes, y citó a audiencia pública a celebrarse los dos días anteriores a la vista de la causa, en la cual pudieron exponer todos los órganos e instituciones que así lo solicitaron y que previamente hicieron presentaciones por escrito al Tribunal.

Así, concurrieron y fueron escuchados por el Tribunal, manifestando sus apreciaciones en contra de la declaración de inconstitucionalidad:

- Un abogado en representación de la Isapre Consalud S.A.;
- Un abogado en representación de las Isapres Banmédica S.A. y Vida Tres S.A.;
- Un abogado en representación de la Asociación de Isapres de Chile A.G.;
- El Presidente de la Asociación de Isapres de Chile A.G.;
- Un abogado en representación de la Isapre Cruz Blanca S.A., y
- Un abogado en representación de la Isapre Colmena Golden Cross S.A.

Por su parte, se hicieron presente y fueron oídos en las audiencias públicas, manifestando su opinión a favor de la declaración de inconstitucionalidad:

- Una persona en representación de la Sociedad Javier Fuenzalida y Compañía;
- Un abogado en representación de diversos Diputados del Partido Socialista;
- Un abogado, por sí, y en representación de Infolex Limitada;
- Una abogada en representación de la Corporación Humanas;
- Dos médicos, en representación de la Sociedad de Geriatria y Gerontología de Chile, y
- Cuatro abogados en su calidad de profesores de Derecho Constitucional.

Asimismo, comparecieron al proceso acompañando informes, sin haber solicitado que se les escuchara en las audiencias señaladas:

- Altura Management, representada por dos de sus directores;
- La Isapre Masvida S.A., a través de su gerente general, y
- El Colegio Médico de Chile (A.G.).

Del texto de la sentencia Rol N° 1710, cuya extensión alcanza las 215 páginas, se puede desprender que en la decisión ha tenido relevancia, además de la gran cantidad de doctrina nacional y extranjera que se cita, la historia legislativa del artículo 38 ter, que ha sufrido diversas modificaciones en el tiempo. En esta parte también fue relevante la intervención que hizo en el proceso el Presidente de la República, a través de observaciones escritas, instando por el rechazo de la declaración de inconstitucionalidad y, en cuya representación, concurrió a alegar en la vista de la causa un abogado.

Luego de un extenso análisis, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de

la Ley de Isapres, por estimar que su texto era contrario a la igualdad ante la ley, al derecho a la protección de la salud y al derecho a la seguridad social, garantías constitucionales contenidas en los números 2º, 9º y 18º del artículo 19 de la Constitución chilena, en los siguientes términos:

“Que, consecuentemente con el método descrito, en el caso de autos esta Magistratura ha examinado si el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, objeto de este proceso constitucional: a) cumple con ser adecuado a los fines constitucionales de tutelar la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, de proteger la salud de las personas incorporadas al sistema privado de salud en el cual actúan las Instituciones de Salud Previsional, especialmente en lo que concierne al rol preferente del Estado en garantizar la ejecución de las acciones de salud y en proteger el libre e igualitario acceso a ellas de todas esas personas, y de asegurar que las personas accedan al goce de las prestaciones básicas uniformes de seguridad social, garantizadas por la acción del Estado; b) cumple con ser indispensable para alcanzar los fines señalados; y c) si guarda proporcionalidad con tales objetivos“ (considerando 143º);

“Que, como corolario del análisis efectuado, este Tribunal ha logrado convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 no cumplen los supuestos descritos en el considerando precedente y, por consiguiente, son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos y asegurados en nuestra Carta Fundamental“ (considerando 144º);

(...) “Que, en este mismo orden de consideraciones, resulta imprescindible indicar que el contrato que celebra un afiliado con una determinada Isapre no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a las personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga el seguro, tiene asegurada, por ley,

una cotización, o sea, un ingreso garantizado. Así, las normas que regulan esta relación jurídica son de orden público” (considerando 154º);

(...) “Que, consecuentemente con lo razonado hasta este punto y advirtiéndose el reconocimiento expreso que ha manifestado en autos el Ejecutivo-órgano colegislador, esta Magistratura constata que la formulación de los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, cuyo correlato de este último se encuentra en el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, como podría encontrarse en cualquiera otra norma que se expidiera al amparo del amplio mandato que entrega, es contraria a la Constitución Política de la República, afectando, en lo que a la causa de autos concierne, a los números 2º, 9º y 18º de su artículo 19, y así se declarará” (considerando 162º);

Finalmente, destaca la exhortación hecha al legislador que se contiene en el considerando 163º de la sentencia, al señalarse que “esta Magistratura estima necesario, además, hacer presente que la determinación de la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores de cada una de ellas deberán ajustarse a lo que establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores para dar cabal cumplimiento a lo resuelto en este fallo”.

Esta sentencia Rol N° 1710 contiene dos votos disidentes, de la Ministra del Tribunal Marisol Peña Torres, y del Ministro señor Enrique Navarro Beltrán. En la primera disidencia –de la Ministra Peña- quien estuvo por negar lugar a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter, se toma en consideración en forma expresa un informe acompañado al expediente por la Isapre Banmédica S.A., que establece un modelo o ejemplo de estructura de la tabla de factores, para concluir que de él no se desprendían, en términos constitucionales, diferencias carentes de razonabilidad. El mismo voto disidente argumenta sobre la base de un informe de la Superintendencia de Salud que fue acompañado a los autos por el Presidente de la República, en relación a los impactos que tendría la eliminación de la tabla de factores, y de otro informe acompañado por la Asociación de Isapres, documentos que, además, dan cuenta de la experiencia comparada en el punto en debate.

La disidencia de la Ministra Peña también alude al contenido de estos mismos informes, en relación a los eventuales efectos que produciría la

declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter, para concluir, sobre la base de los datos contenidos en ellos que, de derogarse la tabla de factores, se generaría el efecto de dejar a las Isapres en plena libertad para determinar esos factores de ponderación, generando un escenario de incertidumbre y concluyendo que ello podría generar un efecto de inconstitucionalidad mayor que aquél que se pretende evitar a través de la declaración de inconstitucionalidad.

“Caso 2331 del Código Civil”

La experiencia del “caso Isapres” se repite en los autos Rol N° 1723, actualmente en tramitación ante el Tribunal Constitucional, que también se han iniciado de oficio por este último, y que versan sobre cuestión de inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil chileno.

El precepto legal cuestionado establece la improcedencia de la indemnización del daño moral en el caso de injurias, estableciendo una excepción a la regla general en materia de responsabilidad civil extracontractual contenida en el Código Civil, conforme a la cual todo daño es indemnizable, precepto que ya ha sido declarado inaplicable para dos casos particulares, en las sentencias roles N° 943 y 1185, cumpliéndose así el requisito previo imprescindible para el inicio de la cuestión de inconstitucionalidad de oficio. En las declaraciones previas de inaplicabilidad se estimó que el artículo 2331 del Código Civil resultaba contrario a la Constitución en los casos concretos en que fue impugnado por lesionar el derecho a la honra de la persona y de su familia que la Constitución garantiza.

Este proceso ha sido puesto en conocimiento de los órganos constitucionales interesados, los que no hicieron uso de su derecho a efectuar observaciones o acompañar antecedentes dentro de plazo. Sin embargo, ya hay un abogado que ha acompañado una ponencia y, el Presidente de la Federación de Medios de Comunicación Social, también ha presentado un informe en derecho, lo que motivó que, por resolución de 28 de septiembre de 2010, el Tribunal llamó a la ciudadanía, extendiendo la posibilidad de que concurran a la causa aportando antecedentes y haciendo observaciones no solo los órganos legitimados. En dicha resolución, haciendo uso de las facultades que le otorga el artículo 37 de su Ley Orgánica Constitucional, el Tribunal por estimar “que puede contribuir a la mejor resolución de este proceso (resolvió) oír, también, a aquellas personas, instituciones y organizaciones representativas de los intereses involucrados en el proceso constitucional que, contando con información especializada sobre la materia de autos, deseen acompañarla o exponerla en la forma y oportunidad

determinadas en la presente resolución”: Para ello ordenó abrir en el expediente un cuaderno especial con el fin de agregar las presentaciones que se formulen en ese sentido y citó a audiencia pública que se celebrará en los dos días que precedan a la vista de la causa, en la cual podrán ser oídas las personas, instituciones y organizaciones que lo soliciten.

El Tribunal Constitucional, entendiendo que, al igual que en el caso Isapres, se encuentra frente a la resolución de un tema de alto impacto mediático y ciudadano, ha optado nuevamente por convocar a estas audiencias públicas y, desde ya, se puede sostener que sin duda el contenido de lo que en ellas se exponga, sumado a los antecedentes escritos que se alleguen al proceso, sean de orden jurídico o técnico, aportarán en la resolución final del asunto.

“Caso Píldora”

Finalmente, interesa hacer referencia a un pronunciamiento que si bien no incide en la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, sino que en la inconstitucionalidad de un decreto supremo reglamentario aprobado por el Presidente de la República, demuestra la importancia que han tenido las audiencias públicas en los procedimientos de inconstitucionalidad sustanciados por el Tribunal Constitucional chileno.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia Rol N° 740, de 18 de abril de 2008, y luego de un proceso de alto impacto ciudadano, político y mediático, determinó la inconstitucionalidad de la distribución gratuita en el sistema público de salud de la denominada “píldora del día después”.

El proceso se inició por requerimiento de treinta y seis Diputados en ejercicio para que el Tribunal Constitucional, conforme a la competencia que le entrega el N° 16 del artículo 93 de la Constitución, declarara la inconstitucionalidad de todo o parte del Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, que aprobaba las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad” y que consultaban la distribución en los consultorios del Servicio Nacional de Salud, en forma gratuita, de la “píldora del día después”. En este caso, se podrá apreciar cómo influyeron dichas audiencias y los antecedentes que se agregaron al proceso en la decisión final del Tribunal, teniendo en consideración que el tema constitucional en cuestión se relacionaba fuertemente con el debate científico que aun no es pacífico sobre los efectos abortivos o no de la píldora y de su componente levonorgestrel.

En este proceso, presentaron observaciones en sus calidades respectivas de órganos constitucionales interesados en la cuestión de constitucionalidad de un decreto supremo planteada, la entonces Presidenta de la República, señora Michelle Bachelet Jeria, quien instó por su rechazo, estimando constitucionales las normas del decreto impugnado, y el Contralor General de la República, quien emitió opinión más bien desde el punto de vista formal.

Asimismo, los Diputados requirentes acompañaron una serie de informes preparados por abogados, médicos y casas de estudios superiores. También, y aun sin ser partes legitimadas, diversas personas, entre ellas varios Diputados y organizaciones representativas de distintos sectores del quehacer nacional, hicieron presentaciones al Tribunal, el que decidió agregar al expediente los antecedentes o, en su caso, tener presentes las argumentaciones hechas valer.

Las presentaciones recibidas por el Tribunal a favor del requerimiento de inconstitucionalidad fueron de:

- Los señores Presidente y Secretario del Movimiento Ciudadano Muévete Chile;
- Una representante de la Red por la Vida y la Familia;
- Un representante de la Fundación Instituto de Estudios Evangélicos;
- Un abogado en su calidad de profesor de derecho constitucional;
- Un abogado y dos médicos en su calidad de profesores de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, y
- El Obispo de Rancagua en su calidad de Presidente de la Conferencia Episcopal de Chile.

Por su parte, realizaron presentaciones en contra del requerimiento:

- Dos abogados en representación de 358 personas que se calificaron como usuarios de métodos anticonceptivos;
- Un doctor, por sí y en representación del Instituto Chileno de Medicina Reproductiva;
- Una abogado en representación de 49 Diputados;
- Una abogado en representación de 30 Diputados;
- El Presidente y la Tesorera de la Asociación Chilena de Protección de la Familia;
- La Decana de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile;
- Un doctor en su calidad de Presidente Nacional del Colegio de Químicos Farmacéuticos de Chile (A.G.);

- Un doctor en su calidad de Presidente de la Asociación de Ginecólogos y Obstetras de la Región Metropolitana A.G.;
- Una doctora como Presidenta de la Sociedad Chilena de Ginecología Infantil y de la Adolescencia;
- Una abogada en representación de diversos Diputados;
- Un abogado en representación de la Asociación Chilena de Protección de la Familia, y
- Una persona en representación de la Asociación por los Derechos Civiles.

Varias de las personas, instituciones, organismos y grupos que hicieron presentaciones, concurrieron posteriormente a las audiencias públicas en que el Tribunal procedió a oírlos, con anterioridad a la vista de la causa.

En la sentencia Rol N° 740 –que alcanza 277 fojas- se contiene un apartado completo destinado a la anticoncepción hormonal de emergencia, indicándose que para decidir sobre la constitucionalidad del decreto supremo impugnado resulta indispensable precisar en qué consiste dicha anticoncepción (considerando 25º). Lo anterior se relaciona con lo declarado por el Tribunal en el considerando 21º, en que se sostuvo que “es indudable que la naturaleza del conflicto constitucional que ha de resolverse en esta oportunidad por el Tribunal Constitucional tiene como necesario fundamento los efectos que en los derechos constitucionales producen los métodos de anticoncepción hormonal que se objetan, no considerados en forma aislada, sino en cuanto forman parte del contenido de la norma obligatoria impugnada, lo que se aleja de un mero control abstracto de constitucionalidad que se reduce, exclusivamente, al contraste entre una norma infraconstitucional y aquélla de máxima jerarquía positiva. Y es que la creciente complejidad de las cuestiones que deben abordar, en la actualidad, las jurisdicciones constitucionales lleva a que, en casos como el de la especie, el Tribunal deba ponderar ciertos hechos relacionados con la ciencia o con la técnica, a fin de arribar a una solución que, efectivamente, asegure la supremacía material y formal de la Carta Fundamental (...)”.

En este sentido, la sentencia hace un amplio análisis de los informes acompañados al proceso y que dan cuenta del estado de la ciencia médica sobre el asunto, y concluye, entre otras consideraciones, que:

“(...) como puede apreciarse, existen posiciones encontradas acerca de los efectos de la anticoncepción de emergencia cuando ellos se relacionan con impedir la implantación, puesto que la evidencia que provee la ciencia médica es contradictoria y no

aparece rodeada de elementos que convencen definitivamente en orden a que ella no afectará la vida de un ser humano concebido aunque no nacido que merece plena protección constitucional según se verá más adelante. Lo anterior es particularmente destacable si, como ha quedado en evidencia en este proceso, los estudios realizados para demostrar –o descartar- tal efecto se han reducido a animales, resultando cuestionable –a juicio de los mismos especialistas- su práctica en seres humanos (...)" (considerando 33º);

Y que "(...) para estos sentenciadores, como para los que se han citado, la falta de consenso entre los especialistas y, por ende, la falta de certeza acerca de una de las posibles consecuencias de la anticoncepción de emergencia, como es que impida la implantación de un ser humano con las características propias de tal, resulta evidente. Tal evidencia tiene un impacto determinante en los efectos de la presente sentencia, pues incide, ni más ni menos, que en el momento mismo del comienzo de la vida de un ser humano que, como se explicará más adelante, el ordenamiento constitucional busca cautelar de manera preferente" (considerando 36º).

En fin, el Tribunal determina que "de los razonamientos que preceden, esta Magistratura sólo puede constatar que la evidencia científica allegada al presente proceso no permite excluir, en términos categóricos y concluyentes, la posibilidad de que la ingesta de la denominada 'píldora del día después', ya sea en su versión de progestina pura o en la del método combinado o de Yuzpe, no sea capaz de afectar la implantación de un óvulo fecundado o de un embrión o, en definitiva, de un ser humano, en los términos que se han definido por la propia ciencia médica" (considerando 39º).

Las consideraciones aludidas en el párrafo precedente son de la mayor relevancia toda vez que el Tribunal sentenció finalmente que, habiendo ponderado las opiniones del mundo científico en su debido mérito, y "al margen de cualquier connotación ajena a criterios jurídico-constitucionales" (considerando 62º), existía una duda razonable acerca del carácter abortivo de la píldora y por tanto de la posible afectación del derecho a la vida de quien ya es persona desde su

concepción y, teniendo en cuenta los principios “pro homine” o “favor libertatis”, se debe “(...) privilegiar aquella interpretación que favorezca el derecho de ‘la persona’ a la vida frente a cualquiera otra interpretación que suponga anular ese derecho” (considerando 67º), acogiendo así el requerimiento y declarando inconstitucional la píldora del día después.

En el voto concurrente del Ministro Marcelo Venegas Palacios, también se aprecia el uso de la información científica acompañada al proceso, en base a la cual concluye que existe una posibilidad cierta de causar aborto en una proporción de las usuarias de la píldora.

La sentencia fue acordada con el voto disidente de los Ministros Juan Colombo Campbell, Hernán Vodanovic Schnake, Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes, destacando la disidencia de estos dos últimos Ministros para los efectos que nos interesan, pues ellos rechazan el requerimiento de inconstitucionalidad en todas su partes porque:

“hemos llegado a la convicción de que los métodos de anticoncepción hormonal de emergencia que se contienen en la sección 3.3. del Decreto aludido, no atentan en contra de la vida del que está por nacer ni contra la dignidad humanan”. Y agregan que “no son, sin embargo, las posiciones acerca de ese debate las que nos llevan a concordar esta disidencia, sino la convicción de que la evidencia invocada por los requirentes y la acumulada o mencionada en este proceso no permite sostener siquiera una duda razonable acerca de que los dos métodos de anticoncepción hormonal de emergencia contenidos en la sección 3.3. del Decreto Supremo impugnado sean capaces de impedir el desarrollo de un embrión humano. En los capítulos que siguen desarrollamos cómo llegamos a tal convicción. No negamos que los científicos sostengan una polémica respecto de los efectos del sistema anticonceptivo hormonal de emergencia, pero la existencia de tal polémica no es suficiente para sostener que exista una duda razonable acerca de los efectos antianidatorios o impeditivos del desarrollo del embrión humano. Tampoco lo son las leyendas o rotulaciones de los respectivos productos. Las dudas razonables respecto de los efectos nocivos de un producto farmacológico, cuando el mismo ha sido ya válidamente autorizado por autoridad competente, no pueden fundarse en la

mera formulación de una duda, en la constatación de la existencia de un debate o en una leyenda que declara como no descartable un efecto en un rótulo; sino en la existencia de evidencia científica que así lo justifique” (considerando 1); para concluir que “el adecuado funcionamiento de las instituciones democráticas y de los organismos competentes de decisión exige, a juicio de estos disidentes, que quienes impugnan la distribución de tales productos convengan, con evidencia científica, que ellos son efectivamente capaces de atentar en contra de la vida. En la especie, no lo logran y por eso disentimos del fallo” (considerando 1).

III. Conclusiones desde el punto de vista de la democracia y de la constitucionalización del derecho.

Dieter Nohlen ha sostenido que “la jurisdicción constitucional tiene efecto sobre la consolidación de la democracia en América Latina, pero lo ejerce sufriendo ella misma el efecto de un sinnúmero de factores que condicionan su quehacer –especialmente el estado de su propia consolidación.”²⁶

Tradicionalmente suele pensarse que las jurisdicciones constitucionales pueden apoyar a la democracia contribuyendo a que el país sea gobernado en forma democrática. Sin embargo, un enfoque de esa naturaleza parece seguir apegado a la idea de la Constitución como un mero límite al ejercicio del poder del Estado.

Sin embargo, el desarrollo de la denominada “constitucionalización del derecho” ha supuesto el tránsito desde un constitucionalismo centrado en el Estado a otro centrado en la persona. Se trata, esencialmente, de un cambio de eje que repercute en la misma idea de Constitución y que, sin duda, tiende al fortalecimiento de la democracia, pues supone una revalorización de la dignidad humana y de los derechos que de ella emanan.

En ese contexto, pareciera que los procesos tendientes a declarar la inconstitucionalidad de la ley no pueden seguir reducidos a una contienda entre partes que sustentan una determinada pretensión procesal. Por el contrario, parece necesario que la consideración amplia de las personas que conforman la sociedad civil sea tenida en cuenta, pues, inevitablemente, serán impactadas por la eventual expulsión del precepto inconstitucional del ordenamiento jurídico. No

²⁶ Nohlen, Dieter. Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 9, enero-junio 2008, Editorial Porrúa, México, 2008, p. 137.

debe olvidarse que en estos procesos constitucionales, la primacía del interés público identificada con la necesidad de depurar el ordenamiento jurídico y de garantizar efectivamente la supremacía de la Constitución genera un amplio consenso.

¿Cómo considerar tales intereses sin que las personas que los encarnan sean partes del proceso constitucional? Una forma concreta de hacerlo es, justamente, abriendo la posibilidad de que sean escuchadas en audiencias públicas dentro del proceso constitucional. Las opiniones y pareceres allí vertidos no pueden considerarse vinculantes para el Tribunal, pero sí pueden constituir valiosos elementos de juicio para resolver el conflicto normativo que se les ha sometido. Este enfoque resulta, por lo demás, congruente con la idea de que, en los procesos de inconstitucionalidad, atendido el conflicto esencialmente normativo que suponen, no resulta necesaria la prueba.

Ése es el criterio con que ha procedido últimamente el Tribunal Constitucional chileno en la convicción de que, a través de esta vía, el proceso constitucional se legitima íntegramente ante la sociedad, al tiempo que favorece la nueva concepción del ciudadano como co-agente, co-partícipe y co-responsable de los asuntos colectivos en una democracia sustantiva más que formal donde la jurisdicción constitucional tiene también un activo rol en el fortalecimiento del Estado de Derecho, pero, también, de la democracia.