

IMPARCIALIDAD EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*

Claudio Fuentes Maureira¹

Presentación del problema

Durante el presente año 2008 el Tribunal Constitucional de Chile ha sido exigido en múltiples ocasiones, a través de la presentación de requerimientos de inaplicabilidad, con el fin de que determine la inaplicabilidad puntual y específica de una norma legal en su aplicación a un caso concreto.

Esta facultad, como bien se sabe, es una de las recientes nuevas atribuciones otorgadas a este órgano autónomo por la reforma a la Constitución del año 2005.

Si bien los fallos y jurisprudencia de este Tribunal admiten diversas críticas o por lo menos existen buenos argumentos para discutir el acierto o no de sus pronunciamientos, el objetivo del presente texto no es cuestionar una decisión de fondo por parte de este Tribunal, no es cuestionar si un determinado precepto legal era o no en un caso específico inaplicable. No, lo que interesa para el presente texto es examinar si la tramitación de los casos ante este órgano constitucional, específicamente la solicitud de inaplicabilidad, respeta o no el debido proceso legal, en su dimensión o sub-derecho de ser juzgado por un Tribunal imparcial.

El interés en determinar si este aspecto particular del debido proceso se ve o no respetado deriva de dos situaciones que en el transcurso del año 2008 originaron grandes dudas respecto de su posible vigencia.

La primera de ellas se refiere al conocido caso de la Píldora del día después, en el cual se presentó un incidente por la parte que solicitaba que no se decretase la inaplicabilidad del Decreto Supremo n° 48 del año 2007, emitido por el Ministerio de Salud, en donde expresaban sus legítimas dudas de la imparcialidad de algunos ministros. Puntualmente se sostuvo que los Ministros de este Tribunal Constitucional, señores Raúl Bertelsen Repetto y Enrique Navarro Beltrán no se encontraban en condiciones de imparcialidad para participar en la decisión de este caso, al haber emitido previamente un informe en derecho en la causa caratulada *Centro Ages con Instituto de Salud Pública*, llevada ante el 20 juzgado civil de Santiago².

* Este documento concentra algunas ideas personales elaboradas en el Módulo “Justicia Constitucional” del Magíster en Derecho con mención en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Diego Portales que actualmente curso.

¹ Chileno. Abogado de la Universidad Diego Portales. Se desempeña como docente de la misma casa de estudios en el curso *Preparación para Concursos Internacionales*, como profesor asistente de Litigación Penal Oral y abogado ayudante de la clínica de Justicia Criminal. Es también miembro del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Diego Portales y abogado del área de Capacitación en CEJA.

² Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 740-07-CDS.

El segundo caso, se refiere a una entrevista que el Presidente del Tribunal Constitucional, Señor Juan Colombo Campbell otorgó al diario La Segunda y que salió publicada el día martes 10 de septiembre del año 2008. En ella el presidente del Tribunal, refiriéndose a un fallo reciente de este órgano relacionado con el derecho a la víctima a querellarse, emitió comentarios referidos a futuros casos relacionados con la reforma procesal penal que “pueden” ser problemáticos y en donde “por ahora el TC no entrará”. Puntualmente, el presidente del TC se refirió y otorgó una opinión respecto del sistema recursivo establecido en el Código Procesal Penal, en donde solo se admite un recurso de nulidad por infracciones en el derecho y en el cual el principio de la “doble conforme” opera. Vale decir, si en el primer juicio se ha condenado al imputado y en el segundo, en el evento de que se haya determinado una nulidad en el primero, vuelve a ser condenado, no podrá recurrir nuevamente. El mismo presidente indica que por el momento “no se entrará al macro de la reforma penal” y en donde adelanta un juicio indicando que “es incompatible el sistema oral con la doble instancia”³.

Claramente esta entrevista causó revuelo en la comunidad académica, puntualmente parte de esta comunidad manifestó preocupación respecto a que “Nunca habíamos visto un juez anunciando lo que resolverá cuando la gente reclame”, “En sus declaraciones parece invitar al público a recurrir sobre determinados aspectos con el fin de avanzar su agenda personal en materia de modelos procesales”⁴.

Estos dos hitos motivaron mi interés en levantar ciertas ideas y consideraciones respecto a si la actual y, más brevemente, futura legislación que regulará la tramitación de casos ante el Tribunal Constitucional es o no respetuosa del derecho a ser juzgado por un Tribunal Imparcial.

Punto de partida: Tramitación vigente ante el Tribunal Constitucional

La reforma del año 2005 que modificó sustancialmente las atribuciones del Tribunal Constitucional estableció que “Una ley orgánica constitucional determinará su organización, funcionamiento, procedimientos (...)”⁵. Vale decir, para el funcionamiento del “nuevo” TC se requiere que sea dictada una nueva ley orgánica. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha hecho uso, sin esperar la nueva ley orgánica, de sus nuevas atribuciones, dentro de las cuales el Recurso de Inaplicabilidad no se encontraba previamente regulado.

El Tribunal Constitucional ha resuelto este problema por medio de dar preferencia para la regulación de la tramitación de esta acción a su antigua ley orgánica, la Ley 17.997, en la medida en que fuesen compatibles con las nuevas atribuciones. Más allá de lo acertado o no de la decisión del Tribunal, actualmente la regulación de la tramitación de esta acción es esta ley, puntualmente las disposiciones contenidas en el Capítulo II, Títulos I y II, Párrafo 2⁶.

³ LA SEGUNDA, TC dispara contra la Reforma procesal penal “Todo está estructurado para proteger los derechos del imputado y no de la víctima”, miércoles 10 de septiembre de 2008, página 4.

⁴ LA SEGUNDA, Padres de la Reforma Procesal Penal se unen para rechazar críticas del Presidente del TC, viernes 12 de septiembre de 2008.

⁵ Art. 92 inciso final de la Constitución.

⁶ SAENGER, Fernando, Acción de Inaplicabilidad de Inconstitucionalidad. Facultades del Nuevo Tribunal Constitucional. Algunos casos Jurisprudenciales. Artículo puede verse en

Parámetro: Contenido del Derecho a ser juzgado por un Tribunal Imparcial

El Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en su numeral 1, que: *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...”*.

Imparcialidad consiste en que el Juez, que tiene la función de dirimir una contienda no tenga ideas preconcebidas sobre las personas (partes) en el juicio o las materias respecto de las que este trata, para así evitar que su fallo se vea inducido por estas ideas en uno u otro sentido. De hecho, lo que se busca, es que la decisión que sea emitida por el juez sea sólo en base a los hechos particulares del caso, la prueba y a la argumentación de derecho introducida por las partes a través de sus abogados y no en relación a ideas preconcebidas, vale decir, lo que se busca con la imparcialidad es que la posición del juez sea, tal como señala Augusto Morello, “super partes”⁷, así se garantiza que el Juez se acercará al caso concreto con la mayor objetividad posible y no estando en favor o en contra de ninguna de las partes.

La garantía de imparcialidad comprende una doble dimensión⁸. Un sentido subjetivo y uno objetivo. Este doble sentido ha sido incorporado por la doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y ha sido aplicada en jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo en el Caso De Cubber⁹. El sentido subjetivo de imparcialidad consiste en que el fuero interno del juez no se ha visto comprometido y por otro lado se encuentra la imparcialidad objetiva, que consiste en que el juez del caso concreto ofrece suficientes garantías (estructurales, de composición, etc.) para no dudar de su imparcialidad. El primer sentido subjetivo de la imparcialidad se presume, tal como se señala el caso de Cubber; *“por lo demás, la imparcialidad personal de un Magistrado se presume a falta de prueba en*

http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_5_1_hm/accion_de%20Inap_5_1-2007.pdf

“Se resuelve:

Que, la tramitación del requerimiento ante este Tribunal en Pleno, se ceñirá a lo que se indica a continuación:

- a) Se aplicarán las disposiciones contenidas en el Capítulo II, Títulos I y II, Párrafo 2º, de la Ley N° 17.997, en cuanto fueren compatibles;
- b) Las resoluciones que se dicten se notificarán por carta certificada a las partes y por comunicación a los órganos correspondientes. En ambos casos la notificación se practicará por el Secretario. Sin perjuicio de ello, el Tribunal podrá disponer otra forma de notificación si así lo estimare necesario;
- c) La fecha de notificación por carta certificada y de las comunicaciones será, para todos los efectos legales, la del tercer día siguiente a su expedición;
- d) Encontrándose la causa en estado, se ordenará traer autos en relación. La duración de los alegatos será media hora por cada parte, prorrogable por acuerdo unánime del Tribunal.
- e) Serán aplicables, además, en cuanto corresponda, las normas contenidas en los Títulos II, V y VII del Libro I del Código de Procedimiento Civil;
- f) Los Plazos de días serán de días corridos y no se suspenderán durante los feriados, conforme al artículo 33 de la Ley N° 17.997, y
- g) La sentencia que dicte el Tribunal deberá notificarse dentro de tercer día a quien corresponda.”

⁷ Morello, Augusto, El Proceso Justo “Del garantismo formal o a la tutela efectiva de los Derechos”, Librería Editora Platense s.r.l, Abeledo –Perrot S.A, Pág. 417.

⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Herrera Ulloa contra Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, Párrafo 169.

⁹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Caso De Cubber contra Bélgica, sentencia de 14 de agosto de 1987.

contrario...”¹⁰. El segundo sentido de imparcialidad por otro lado, implica que el sistema judicial mismo debe evitar que el Juez asuma posiciones que hagan dudar de su imparcialidad, o más bien, negativamente, implica que el sistema debe estar configurado de tal manera que se asegure que el juez no tomará posiciones parciales, el ejemplo más claro es el sistema en que el juez no reúne las calidades de ente investigador y a la vez juzgador, ya que es evidente que si es el mismo juez es el que investiga y juzga, se formará ideas propias que podrían viciar su imparcialidad, por lo mismo es deber del sistema judicial impedir esto y por consiguiente modificar su estructura y lograr que las funciones investigativas y jurisdiccionales queden en entes separados. El sentido objetivo, al recaer primordialmente en la estructura del sistema judicial enfocada a impedir colocar al juez en posiciones que permitan alterar la imparcialidad de este, se controla con la legítima duda de que la imparcialidad del juzgador pudiese verse alterada, vale decir, ante la duda razonable o legítima por parte de una de las partes (se debe recordar que la imparcialidad como sostiene Maier¹¹, no es una garantía del juez, sino del justiciable), bastaría para exigir el establecimiento de un nuevo juez que reúna las calidades de imparcialidad necesarias.

Como ha quedado manifestado, la imparcialidad objetiva supone tener dudas legítimas para cuestionar la imparcialidad o la falta de esta por parte del juez que resolverá un asunto. Para poder hacer efectivo el derecho a ser juzgado por un Tribunal imparcial, el sistema procesal debe otorgar mecanismos que permitan hacerlo valer y uno de estos mecanismos es la posibilidad de recusar al juez que está conociendo el caso. De hecho, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España ha sostenido, en al menos dos oportunidades, que realmente no puede alegarse la violación al derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial, debido a que no habría lesión, si es que no se ha solicitado la recusación del juez en tiempo oportuno¹².

La posibilidad de recusar a un determinado juez se debe a que es necesario contar con la confianza de las personas, especialmente del imputado o como dijo la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Justice must not only be done; it’s must also be seen to be done”¹³.

Un intento de análisis: El derecho al Tribunal imparcial y los Ministros del Tribunal Constitucional

Como se hizo mención previamente, la tramitación del recurso de inaplicabilidad está regulada por la Constitución en el artículo 93 y, por decisión del propio TC, por su vigente ley orgánica.

Dicha ley orgánica establece en el artículo 19 en su inciso quinto que “Los Ministros no son recusables”. Con esta simple frase la actual normativa del Tribunal Constitucional

¹⁰ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Caso De Cubber , Ob. Cit. considerando número 25.

¹¹ Maier, Julio, Derecho Procesal Penal, Tomo I Fundamentos, Segunda Edición, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 1999, Pág. 754.

¹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, Sentencia de 12 de febrero de 2007, STC 28/2007, considerando nº 3 de la sección II. Véase en <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2007/STC2007-028.html>

¹³ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Caso De Cubber, Ob.cit, considerando número 26.

ha privado a aquellos recurrentes de poder hacer valer su derecho a la imparcialidad objetiva. Lo único que establece la actual normativa son causales de implicancia, las cuales según el mismo artículo 19 solo pueden ser promovidas por el miembro afectado o cualquiera de los otros ministros y son causales limitadas.

En primer lugar se establece la del inciso primero del artículo 19, que se refiere a cuando se haya emitido opinión con publicidad o dictamen sobre el asunto concreto actualmente en conocimiento del Tribunal.

Asimismo se establecen como causales de implicancia aquellas establecidas en el artículo 195 del COT, taxativamente los números 2, 4, 5, 6 y 7, esto es relaciones de parentesco de alguna de las partes o de su abogado con el juez o que el juez haya en el mismo caso que se tramita frente a él sido abogado de alguna de las partes. Ahora, bien el problema de esta causales es que solo operan respecto de la inconstitucionalidad de partidos políticos (N° 10 artículo 93); inhabilidades que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en el cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones (N° 13 artículo 93); e inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de parlamentarios (N° 14 artículo 93). Por lo que en lo que se refiere a la inaplicabilidad no serían aplicables.

Estas causales de implicancia, ¿son suficientes para garantizar la plena vigencia a ser juzgado por un Tribunal imparcial? NO.

En primer lugar, el problema de que solo puedan ser implicancias y no puedan ser recusadas es una cuestión práctica. El sistema de implicancias supone que es el mismo Tribunal que de oficio revisa la situación de cada uno de sus miembros y decide sobre si su participación es problemática, para ello se requiere gran honestidad por parte de los propios miembros del Tribunal y que estos comuniquen a los otros sus posibles causales de implicancia. Pero qué pasa cuando el mismo juez que tiene que informar a los otros de una situación, que a los ojos de las partes es claramente un problema de imparcialidad, estima él que no lo es. Qué pasa cuando el juez, que al analizar su propia situación piensa que tiene las capacidades de fallar el asunto sin tener problemas de imparcialidad, no lo anuncia a los otros ministros y al mismo tiempo a las partes no se las deja mencionarlo al Tribunal.

Es en este contexto en donde dos ideas cobran fundamental fuerza. Por un lado la idea de que la justicia no solo debe ser, si no que parecer, esto es, debe dar garantías estructurales de un funcionamiento imparcial, por otro lado, que ser un Tribunal imparcial no es una atribución del ente juzgador, si no que un derecho de las partes.

Establecer un sistema de recusación tiene dos beneficios. Por un lado, establece una segunda fuente de información para el propio TC de que uno de los Ministros representa para las partes un juez parcial. En segundo lugar, otorga condiciones de alta legitimidad de la decisión a tomar, al establecer un debate intenso respecto de un problema de parcialidad que afecte a uno de los Ministros.

Se podría sostener, para los efectos de que solo debe haber implicancias y no recusaciones, que al ser el Tribunal Constitucional un órgano constitucionalmente autónomo, que desarrolla una importante labor de control de constitucionalidad, debe ser protegido de toda injerencia por parte de los otros poderes del estado en el

desempeño de sus funciones. Debe evitarse entonces que los otros poderes puedan tener mecanismos o vías que entorpezcan o derechamente impidan el desarrollo de las importantes funciones de este órgano. Claramente una de las vías por las cuales el Tribunal Constitucional podría ser “atacado” es la posibilidad de presentar diversas recusaciones, con el fin de impedir que un determinado Ministro pueda conocer de un asunto. Desde dicha perspectiva, únicamente establecer la posibilidad de que sean los propios miembros del TC quienes puedan inhabilitarse puede parecer razonable, pero establece una restricción al derecho a ser juzgado por un Tribunal imparcial excesiva. La actual legislación al solo establecer la posibilidad de implicancias, consagra una restricción muy intensa en el derecho a ser juzgado por un juez imparcial, que podría ser subsanada y al mismo tiempo resguardar la autonomía del TC, por vías menos restrictivas.

Así es que el sistema podría establecer un sistema de recusación con causales taxativas y objetivas. Que simplemente establezcan un examen puntual y específico del Tribunal. También podría establecerse únicamente la posibilidad de recusar para atribuciones específicas del TC, como por ejemplo para los recursos de inaplicabilidad, inconstitucional y declaración de inconstitucionalidad de un partido político, quedando las materias de control constitucional ex - ante sin un sistema que permita recusar. Podrían establecerse que solo quienes actualmente están litigando frente al Tribunal pudiesen hacerlo y no otros organismo constitucionales, entre otros. El punto es simplemente destacar que existen mecanismos que permiten establecer un sistema de recusaciones y que también permiten garantizar la autonomía del órgano constitucional.

Un segundo problema que presenta la actual configuración de las causales de implicancia es que si bien aquellas establecidas en el artículo 195 del COT, a los cuales hace referencia el artículo 19 de la ley 17997, son casos bastante objetivos, no admiten realmente discusión y que si se dan el juez debería inhabilitarse inmediatamente, otra historia ocurre con la causal establecida en el inciso primero del artículo 19. Lo complejo de la causal del inciso primero del artículo 19 se refiere a que esta consiste en que se haya emitido una opinión con publicidad o dictamen sobre el asunto concreto en conocimiento del Tribunal por parte de uno de los Ministros, ¿qué significa esto? Conceptos como que se haya emitido con publicidad, esto es en los periódicos, en un anuario de la escuela de derecho, en clases simplemente o qué significa que haya emitido un dictamen. Como se puede ver a diferencia de las otras causales de implicancia, esta primera exige un desarrollo jurisprudencial que responda o especifique las preguntas previas, que delimite su procedencia.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta causal es bastante poca y muy escueta¹⁴, vale decir, los fallos emitidos únicamente se refieren a si el resto del pleno comparte o no la hipótesis de implicancia, mas no realizan precisión o delimitación alguna de la causal. Si a esto se agrega que no hay posibilidad de recusar, estamos en

¹⁴Tribunal Constitucional, Sentencia de 11 de enero de 2007, Rol 591-2006: “En forma previa a la vista, el Ministro don Raúl Bertelsen Repetto y el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán hicieron presente una situación que podría ser constitutiva de implicancia para conocer y decidir el requerimiento de autos. El Tribunal, por la unanimidad de todos sus miembros, excluidos los nombrados, y obrando con sujeción a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley N° 17.997, desestimó tal hipotético motivo de implicancia ...”

una situación bastante compleja, debido a que claramente puede afectar el derecho a ser juzgado por un Tribunal imparcial, no reclamable por las partes afectadas.

Al respecto la única jurisprudencia que avanzó escuetamente en esta causal fue la del último fallo de la Píldora que mencionábamos al inicio de este documento, el fallo Rol 740-07, en el cual respecto de los Ministros Bertelsen y Navarro se discute sus implicancias, acogándose en el caso de Navarro, pero no el de Bertelsen. Lo destacable es que cuando se acordó acoger la implicancia del Ministro Navarro, los Ministros Cea, Fernández y Venegas se opusieron a esta y aludieron a los siguientes argumentos:

- a.-El dictamen emitido fue hecho 3 años antes de la presente causa.
- b.-El dictamen emitido se refiere a un tema distinto del que se debate hoy, primigeniamente el dictamen se refirió a una nulidad de Derecho Público, no a una declaración de inconstitucionalidad.

Es necesario que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional pueda ir construyendo el contenido específico de esta causal, la cual presenta diversos matices y problemas.

Para finalizar este documento, solo me gustaría brevemente referirme a la nueva regulación que afectará el actual artículo 19 que establece las implicancias, específicamente ahora que la reforma a la ley 17997 se encuentra enviada desde el 11 de diciembre de 2008 al Tribunal Constitucional para su control ex – ante ¹⁵. Específicamente se agregan los siguientes incisos:

"Las implicancias podrán ser promovidas por el Ministro afectado, por cualquiera de los demás Ministros, y por los órganos constitucionales interesados que se hayan hecho parte.

"Será, además, causal de implicancia la existencia actual de relaciones laborales, comerciales o societarias de un Ministro con el abogado o procurador que actúe en alguno de los procesos que se sustancian ante el Tribunal".

Al respecto mencionar que se ha agregado una nueva causal de implicancia, la cual alude nuevamente a una situación clara y objetiva, que se refiere a relaciones económicas de diversa índole con el abogado de alguna de las partes.

Sin embargo, la misma ley orgánica modificada establece qué se entiende por “órganos constitucionales interesados” y “parte”, el problema está en que las posibles hipótesis en que esto ocurriría son limitadas y sólo se podría promover la implicancia de los Ministros en dos tipos de procedimientos: en el caso de conflictos de constitucionalidad de decretos o resoluciones representados por la Contraloría, siempre que el Contralor se haya hecho parte y en las cuestiones de constitucionalidad de decretos supremos, en que podrían pedir la implicancia, en la medida que se hayan hecho parte, el Presidente de la República y el Contralor. En otras palabras en materia de inaplicabilidad el sistema seguiría operando al igual que con la actual legislación.

¹⁵ Boletín 4059-2007

De hecho ya fue presentado para intentar remediar esta situación otro proyecto de ley, el día 16 de octubre de 2008 y que se encuentra con el boletín N° 6163-2007¹⁶ sin urgencia alguna.

Conclusión inicial

La actual legislación que regula la inaplicabilidad que conoce el Tribunal Constitucional, no establece la posibilidad de recusar a los Ministros, las actuales causales de implicancias solo son gatilladas por los propios miembros del Tribunal y la nueva ley que pronto se aprobará no soluciona esta situación en la práctica.

Es vital que en este punto el Tribunal Constitucional, si es que esta normativa no es modificada, desarrolle una conducta jurisprudencial tendiente a fijar el contenido de la única causal de implicancia aplicable para el recurso de inaplicabilidad y que, aludiendo al debido proceso constitucional, los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la misma regulación del COT, consagre mecanismos para hacer valer este derecho de las partes.

¹⁶ El proyecto propone la siguiente redacción: "Las implicancias podrán ser promovidas por el Ministro afectado, por cualquiera de los demás Ministros, por los órganos y personas legitimadas, por los órganos constitucionales interesados **y por las demás partes en una gestión o juicio pendiente en que se haya promovido una cuestión de inaplicabilidad de un precepto legal o de inconstitucionalidad de un auto acordado, hasta antes de la vista de la causa**" (el destacado es mío).