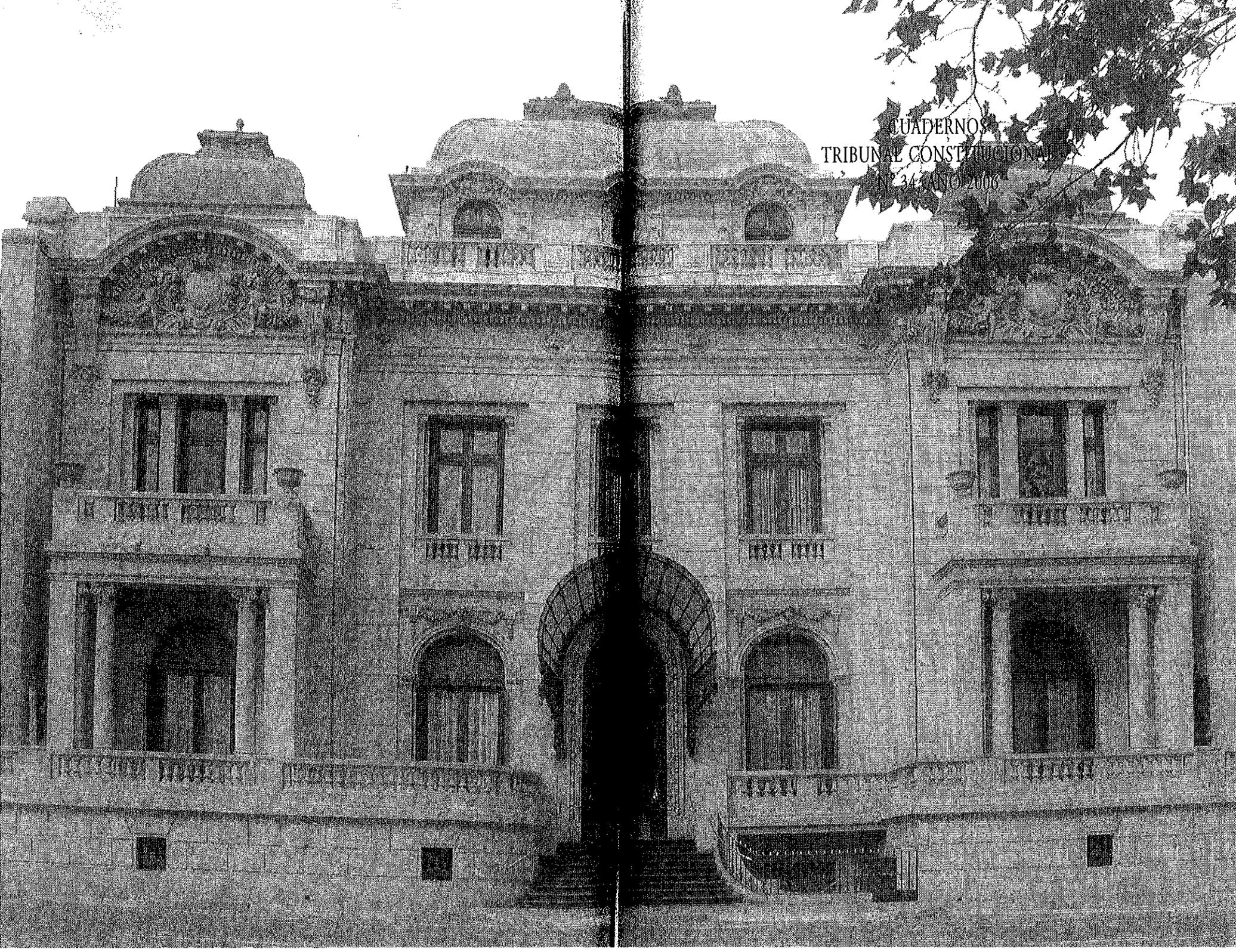




CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD  
Y SENTENCIA

Francisco Zúñiga Urbina



CUADERNOS  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
N.º 34 AÑO 2006

*Francisco Zúñiga Urbina*

*El profesor Zúñiga es abogado egresado de la Universidad de Chile, cursó sus estudios de postgrado en Derecho Público, Derecho Comparado y Derecho Constitucional en las universidades autónoma y complutense de Madrid y en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, España, respectivamente, es profesor de Derecho Constitucional en las universidades Central de Chile y Diego Portales. Es director de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional y Abogado integrante del Tribunal Constitucional.*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
Teléfono (56-2) 640 1820 - 640 18 00  
Fax (56-2) 633 8354  
e-mail: tribunalconstitucional@pentelchile.net  
CUADERNOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
Control de Constitucionalidad y Sentencia  
Francisco Zúñiga Urbina  
Inscripción 157.610  
Derechos Reservados  
Octubre 2006  
I.S.B.N. 956-8186-05-0

Primera Edición  
300 ejemplares  
Diseño  
José Miguel Cariaga  
Producción Gráfica  
Gráfica Computacional  
Impresor LOM Ediciones

# CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y SENTENCIA

Francisco Zúñiga Urbina  
Profesor de Derecho Constitucional

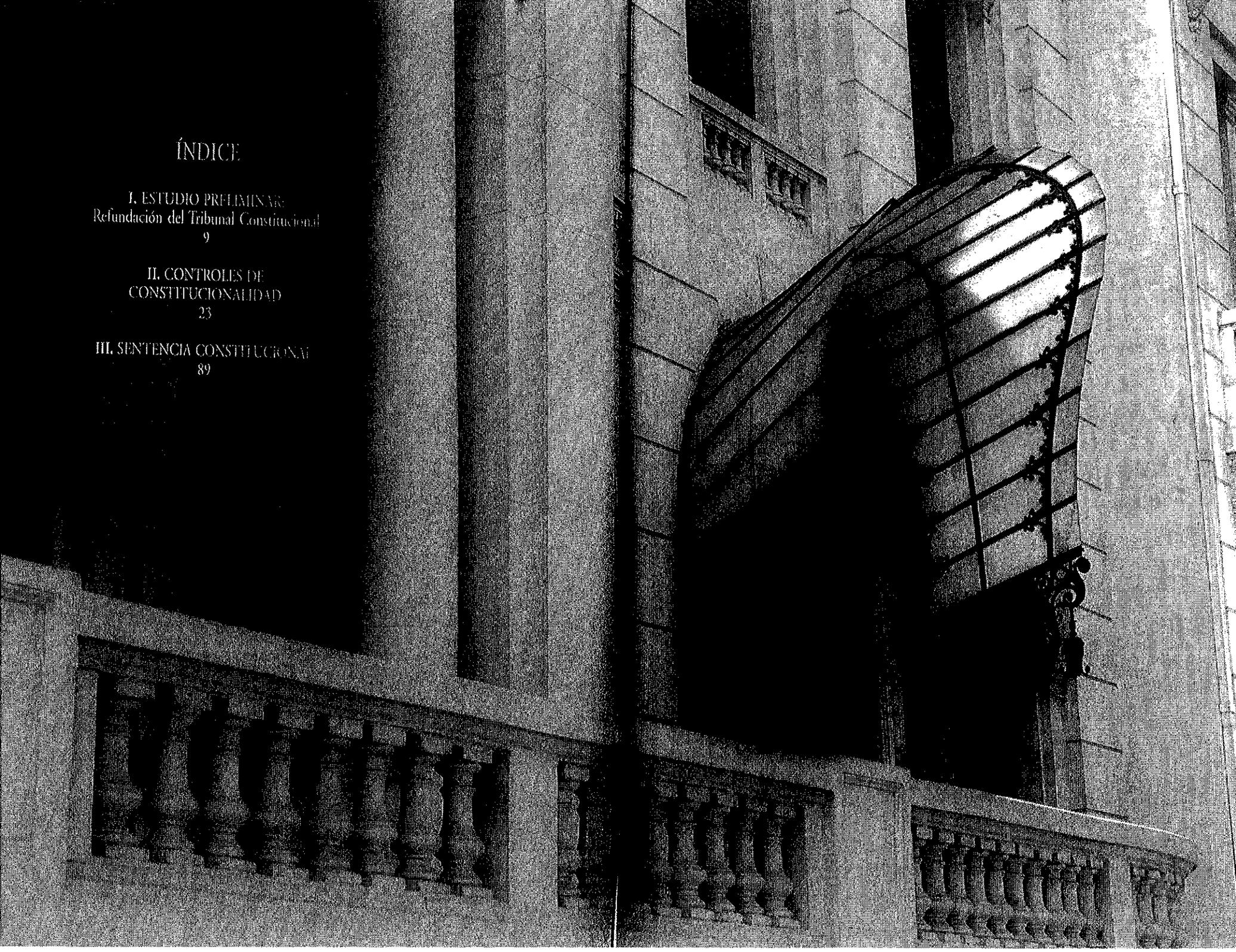


# ÍNDICE

I. ESTUDIO PRELIMINAR  
Refundación del Tribunal Constitucional  
9

II. CONTROLES DE  
CONSTITUCIONALIDAD  
23

III. SENTENCIA CONSTITUCIONAL  
89



# I. ESTUDIO PRELIMINAR: Refundación del Tribunal Constitucional

## I. INTRODUCCIÓN

El presente libro es una recopilación de trabajos publicados en revistas científicas o inéditos, que tienen tres ejes temáticos, a saber: la Constitución y el control de constitucionalidad de los actos normativos, el control concreto de constitucionalidad y la sentencia del Tribunal Constitucional. La oportunidad de reunir estos trabajos se produce con motivo del trigésimo quinto aniversario de la fundación del Tribunal Constitucional y la reciente reforma constitucional que incide profundamente en nuestro control de constitucionalidad y en la configuración del Tribunal Constitucional, todo lo cual nos exige de modo preliminar abordar sucintamente estos temas desarrollados en ubicuos libros colectivos publicados a fines del año 2005.<sup>1</sup>

En rigor hablamos de “refundación” del Tribunal Constitucional o de “nuevo” Tribunal Constitucional (Lautaro Ríos, Gastón Gómez) para designar la actual tercera etapa en la evolución que esta Judicatura experimenta.<sup>2</sup>

La primera etapa del Tribunal Constitucional corresponde a su creación por el Poder Constituyente derivado a través de la “gran reforma constitucional” de 1970, promulgada mediante la Ley N° 17.284. Es un Tribunal llamado a ejercer un control de constitucionalidad de normas eminentemente preventivo y abstracto (artículo 78 B) de la Constitución de 1925), con dualidad de Judicatura Constitucional al conservar el recurso de inaplicabilidad residenciado en la Corte Suprema (artículo 86). Esta

<sup>1</sup> “Reforma Constitucional”, Coordinador Francisco Zúñiga Urbina, Prólogo de Ricardo Lagos Escobar e Introducción de José Luis Cea Egaña, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005. En especial artículos de los profesores Juan Colombo Campbell, Humberto Nogueira Alcalá, Lautaro Ríos Álvarez, Gastón Gómez Bernal y Arturo Fermandois Vöhringer. También “La Constitución Reformada de 2005”, Coordinador Humberto Nogueira Alcalá, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, U. de Talca, Librotecnia, Santiago, 2005. En especial los artículos de los profesores Humberto Nogueira Alcalá, José Ignacio Martínez Estay y Francisco Zúñiga Urbina.

<sup>2</sup> Ríos Álvarez, Lautaro: “El Nuevo Tribunal Constitucional” en libro colectivo “Reforma Constitucional” ob. cit., págs. 627-650. Gastón Gómez Bernal “La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno”, ob. cit., págs 651-684.

primera etapa “fundacional” es breve y compleja, en que la doctrina y jurisprudencia de esta Judicatura (compuesta por cinco ministros: tres abogados calificados nombrados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado y dos ministros designados por la Corte Suprema de entre sus miembros, los que duran 4 años en sus cargos y son reelegibles) es muy escasa en cuanto al número de sus decisiones (17 casos) y fuente de más de alguna incompreensión frente a un cuadro de crisis institucional, (formándose incluso el “mito de las mayorías en bloque” según nos recuerda Silva Cimma), en la que el Tribunal no es instancia idónea para resolver conflictos políticos muy profundos de época. Un botón de muestra acerca de esta incompreensión fue la suerte seguida por el proyecto de reforma constitucional de las tres “Áreas de la Economía”, en la que el Tribunal Constitucional se declaró incompetente para conocer de las cuestiones que se susciten entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional durante la tramitación de una reforma a la Carta (sentencia de 30 de mayo de 1973). Este caso pone en evidencia un conflicto mayor (por no decir trágico en nuestra historia) entre el Presidente de la República de la época y el Congreso Nacional. Esta etapa queda clausurada el 11 de septiembre de 1973 (formalmente a través del D.L. N° 119, de 15 de noviembre de 1973, que dispuso la “disolución” del órgano), en que el régimen autoritario o de facto surgido de la “revolución” (impropiamente denominado “golpe de Estado”) puso fin a las instituciones republicanas y abrogó la Constitución Política de 1925.<sup>3</sup>

La segunda etapa de “reposición” del Tribunal Constitucional se produce a partir de la vigencia parcial de la Constitución de 1980 (11 de marzo de 1981, ya que existe un Derecho Constitucional de transición para el régimen autoritario contenido en parte en las “disposiciones transitorias” de la Carta) y con la dictación de la Ley N° 17.997 orgánica constitucional del Tribunal Constitucional (19 de mayo de 1981). Esta segunda etapa es de “reposición” del Tribunal Constitucional, en la medida que el Constituyente autoritario conserva el perfil funcional del órgano (control de constitucionalidad de normas preventivo, abstracto y limitado) y la dualidad de Judicatura Constitucional al mantener el recurso de inaplicabilidad de competencia de la Corte Suprema. Subyace a esta “reposición” una doble paradoja del Constituyente autoritario: compartir la crítica al Tribunal de la “gran reforma” de 1970 por su incapacidad de resolver conflictos político-jurídicos y por su “origen marcadamente político”, y reponer un Tribunal de similar en su perfil funcional y con un origen marcadamente judicialista y político-autoritario (artículos 81 - 83 de la Constitución

<sup>3</sup> Silva Cimma, Enrique: “Tribunal Constitucional de Chile, 1971 - 1973”, Edit. Jurídica de Venezuela, Caracas, 1977. Del mismo autor: “El Tribunal Constitucional Chileno bajo la Constitución de 1925, reformada en 1970” Revista de Derecho, año III, Primer Seminario Latinoamericano de Justicia Constitucional, Universidad Central, 1987, pags. 171-187

de 1980). Es un Tribunal compuesto de siete ministros (tres ministros de la Corte Suprema y cuatro ministros designados por órganos políticos, a saber: un ministro designado por la Junta de Gobierno (1981-1990) y el Senado (1990-2005) respectivamente, un ministro designado por el Presidente de la República y dos ministros designados por el Consejo de Seguridad Nacional (1981-2005); composición que imprime su sello a esta Judicatura como “enclave autoritario” durante un largo periodo de tiempo. Los ministros del Tribunal duran ocho años en sus cargos, se renovarán por parcialidades cada cuatro años, admitiendo la reelección, y son inamovibles, lo que redundará en la longevidad en sus cargos de algunos ministros. En cuanto a su competencia de control de constitucionalidad de la ley, destaca el control abstracto, preventivo y obligatorio. Este Tribunal operó en dos contextos: el del autoritarismo (1981-1990) y el de la democracia restaurada (1990-2005). Primero bajo un régimen autoritario (1981-1990) el Tribunal Constitucional cumplió un rol ambivalente (aunque en los temas importantes no fue monolítico), en primer lugar como dispositivo institucional del régimen (verbi gratia, un rol de “Justicia Política” en la persecución de la oposición política de la época al amparo del derogado en 1989 artículo 8° de la Constitución que imponía límites severos al pluralismo político e ideológico) y en segundo lugar con una interpretación sistémico-finalista de la Constitución relativa al sistema electoral y su Judicatura especial hace posible que el plebiscito 5 de octubre de 1988 (en que se determinaba la continuidad del régimen autoritario) y las elecciones de 1989 fueren a lo menos semi-competitivas; coadyuvando así a la transición a la democracia política.<sup>4</sup> Segundo bajo el régimen democrático restaurado (1990-2005), con todos sus “enclaves autoritarios” e instituciones contramayoritarias, el Tribunal Constitucional fue en buena medida un “enclave autoritario” y no sólo una institución contramayoritaria, utilizada recurrentemente por la oposición para intentar detener la legislación y las decisiones del Gobierno.<sup>5</sup>

Un botón de muestra de esta funcionalidad del Tribunal Constitucional de la segunda etapa (morigerada por una cierta deferencia razonada con el Gobierno y el Congreso Nacional) la encontramos en la concreción de las reglas hermenéuticas en su jurisprudencia y doctrina acerca de temas tales como: la relación ley-reglamento en que tendió en un primer periodo a un concepto rígido del principio de legalidad y a las

<sup>4</sup> Una defensa al rol de “justicia política”, homologado ideológicamente nuestro artículo 8° de la Constitución a la doctrina de la “democracia militante” y su fuente germana en Teodoro Rivera N.: “Alcances y Finalidad del art. 8° de la Constitución Política del 80”, Documento de Trabajo N° 31, Agosto, 1984, C.E.P., Santiago, 1984 68 pp. Una crítica de Francisco Zúñiga U. “Derechos Humanos y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-1989): El Pluralismo Político e Ideológico en Chile”, en Revista Ius et Praxis, U. de Talca, N° 1 año 9, 2003, pags. 259-279.

<sup>5</sup> Una visión de la jurisprudencia del período en Patricio Zapata L. “La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Biblioteca Americana, Universidad Andrés Bello, Santiago, 2002. Sobre la composición, funcionamiento y competencia del Tribunal de la segunda etapa consultar a Alejandro Silva Bascuñán “Tratado de Derecho Constitucional” Tomo IX, Edit. Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago, 2003, pags. 28-184.

reservas de ley absolutas en materias concernientes a derechos fundamentales y garantías, restringiendo con ello la potestad reglamentaria y competencia del Gobierno; al mismo tiempo atemperadas por un concepto flexible del principio de legalidad en materia financiero-pública dando cuenta del régimen político presidencialista y reconociendo la necesaria amplitud de la potestad reglamentaria del Gobierno, o bien en la doctrina "prorequisitoria" que permite facilitar la activación de conflictos (cuestiones) de constitucionalidad por la oposición parlamentaria, entendiendo que activar al Tribunal no es una potestad sino un derecho de los parlamentarios, flexibilizando la exigencia de requisitos formales, admitiendo las rectificaciones a los requerimientos y anulando en la práctica el juicio de admisibilidad de los requerimientos.<sup>6</sup>

Finalmente, la tercera etapa del Tribunal Constitucional, que nos permite hablar de un "nuevo" Tribunal o de una "refundación" de éste, surge de la reforma constitucional del 2005 que introduce importantes innovaciones en la generación, composición y estatuto de la Judicatura Constitucional, ampliación notable de su competencia y racionalización de sus decisiones y sentencias. Simplemente lo que aquí ocurre es que después de 16 reformas a la Constitución de 1980, la reforma constitucional de 2005 es la "reforma política" del periodo, fruto de un prolongado trámite parlamentario y laborioso consenso, que viene a suprimir los "enclaves autoritarios" alojados en el entramado institucional heredado del régimen anterior (permaneciendo sus instituciones contramayoritarias), revistiendo a la Carta Política de una importante, aunque todavía parcial, legitimidad democrática.

En efecto el Tribunal Constitucional pasa a ser generado equilibradamente por los "poderes públicos" tradicionales: cuatro ministros elegidos por las cámaras del Congreso Nacional, tres ministros designados por el Presidente de la República y tres ministros designados por la Corte Suprema cabeza del Poder Judicial; su composición letrada es especializada y se exige dedicación exclusiva al cargo, ampliando considerablemente su régimen de prohibiciones, y finalmente, se amplía la composición del Tribunal de siete miembros a diez miembros; pasando a funcionar como órgano plenario y en dos salas.

<sup>6</sup> Sobre la relación ley-reglamento consultar a Carlos Carmona S.: "Tendencias del Tribunal Constitucional en la relación ley-reglamento", *Revista de Derecho Público* Vol. Nº 61, U. de Chile, 1998-1999, pags. 180-193. También de Francisco Zúñiga U.: "Ley y Reglamento en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Del Afrancesamiento a la Germanización)" en libro colectivo editado por G. Gómez B. "La Jurisdicción Constitucional Chilena ante la Reforma", en serie de Cuadernos de Análisis Jurídico Nº 41, U.D.P., Santiago, 1999, pags. 211-236; en que se analizan los fallos del Tribunal del periodo 1990-1995 (SSTC. Roles Nº 146, 1992, Nº 167, 1993, Nº 185, 1994, Nº 183, 1994, Nº 226, 1995). Del mismo autor "Apostillas: Ley y Reglamento en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. (De la Germanización al Practicismo)" *Revista Ius et Praxis* Nº 2, año 7, U. de Talca, 2001, pags. 209-257; en que se analizan los fallos del periodo 1995-2001 (SSTC Roles Nº 185, 1994, Nº 248, 1996, Nº 325, 2001, entre otras). Sobre el principio pro reus consultar a Carlos Carmona S. "El principio pro reus en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional" *Revista de Derecho Público* Vol. Nº 63, U. de Chile, 2001, pags. 564-600.

En cuanto a la competencia del Tribunal Constitucional ésta configura hoy una Jurisdicción Constitucional concentrada y completa al menos en lo relativo al control de constitucionalidad de la ley y de los actos normativos, quedando fuera del objeto de control reglamentos parlamentarios y actos normativos de naturaleza reglamentaria de órganos autónomos como Banco Central, Contraloría General de la República, Ministerio Público, Gobiernos Regionales y Municipalidades. En efecto, entre las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional destacan, a saber: un control abstracto, preventivo y obligatorio de normas de tratados internacionales que "versen sobre materias propias" del dominio del legislador orgánico (art. 93 Nº 1 de la Constitución Política de la República, en adelante C.P.R.); un control concreto, represivo y facultativo (vía acción de parte o motivado por el juez que conoce del asunto), consistente en la declaración de inaplicabilidad de la ley por la mayoría de sus miembros (art. 93 Nº 6 C.P.R.); un control abstracto, represivo y facultativo (de oficio o vía acción pública) consistente en la declaración de inconstitucionalidad de la ley en sede de cuestión de inconstitucionalidad por la mayoría de los cuatro quintos de sus miembros, cuando el precepto legal impugnado hubiere sido declarado inaplicable (art. 93 Nº 7 C.P.R.); heterocomposición de los conflictos de jurisdicción, impropia denominadas "contendidas de competencia", sean positivas o negativas, que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales inferiores de justicia que no sean competencia del Senado (art. 93 Nº 12 y art 53 Nº 3 C.P.R.); un control "abstracto-concreto", represivo y facultativo (vía acción de órganos legitimados o de parte), a través de la resolución de las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados que fueren dictados por la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y Tribunal Calificador de Elecciones (art. 93 Nº 2 C.P.R.); y en el ámbito de su competencia miscelánea se pronuncia sobre la renuncia al cargo parlamentario (art. 93 Nº 14 y art. 60 inciso final C.P.R.).

El Tribunal Constitucional funcionará, según la atribución específica de su competencia a que sea llamado, en pleno o en sala, distribución que se contendrá en la ley orgánica constitucional una vez despachado el proyecto de ley que la modifica en actual segundo trámite, correspondiendo en todo caso a la sala la importante atribución de pronunciarse sobre la admisibilidad y la suspensión del procedimiento en sede de inaplicabilidad.

La "refundación" del Tribunal Constitucional quedará consolidada cuando se despache el proyecto de ley que modifica la Ley Nº 17.997 orgánica constitucional de esta Judicatura, en actual segundo trámite en el Senado, que contempla adecuar la ley orgánica a la reforma constitucional 2005 en cuatro aspectos: orgánicos, procesales, regulación de su competencia y régimen de personal (Mensaje Nº 432-353, ingresado a primer trámite a la Cámara de diputados con fecha 16 de diciembre de 2005).

La “refundación” del Tribunal Constitucional nos permite destacar al menos cinco grandes temas, de los cuales al menos cuatro de ellos se abordan en los trabajos que este libro recopila, a saber:

- a. La acción de inaplicabilidad y la cuestión de inconstitucionalidad como controles de constitucionalidad represivo y facultativo, que transitan del control concreto al control abstracto, configuran un monopolio del contencioso constitucional y del control de constitucionalidad de la ley en el Tribunal Constitucional, y fortalece a contrario el rol de la Corte Suprema como corte de casación. Al mismo tiempo este control de constitucionalidad permite un enjuiciamiento de la ley por vicios de fondo o materia, forma, y competencia, permitiendo hacer efectivos no sólo la supremacía, valor normativo y eficacia normativa de las normas iusfundamentales de derecho objetivo sino también de las normas iusfundamentales de derechos subjetivos públicos. La sentencia estimatoria de inaplicabilidad, activa de oficio o mediante acción pública la cuestión de inconstitucionalidad, pudiendo hablarse en el primer caso de una suerte de “autocuestión de inconstitucionalidad”. Los quóruns exigentes y diferenciados para el órgano plenario: mayoría de sus miembros en ejercicio para inaplicabilidad y cuatro quintos de sus miembros en ejercicio para la cuestión de inconstitucionalidad (con un quórum para sesionar en pleno de 8 de sus miembros a lo menos), permite o “fuerza” el “self restraint” o autocontención del Tribunal Constitucional, y al mismo tiempo permite graduar los efectos de la sentencia estimatoria, generando un espacio para la deferencia razonada.
- b. Emerge la figura iuris del “cuasi amparo constitucional”. Sabido es que el Poder Constituyente derivado desestimó incorporar a la competencia del Tribunal Constitucional el “amparo constitucional extraordinario” de derechos fundamentales; conservando el amparo ordinario, que en virtud de un plexo de acciones (amparo, protección, amparo económico, entre otras) queda bajo la competencia de los tribunales de justicia que integran el Poder Judicial. Sin embargo, en la medida en que el control de constitucionalidad comprende los actos de la potestad reglamentaria de ejecución y autónoma (decretos y reglamentos) y se amplía a los autos acordados de la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y Tribunal Calificador de Elecciones, por cualquier tipo de vicio o infracción de la Constitución (art. 93 N° 16 C.P.R.) o por lesión de derechos fundamentales (art. 93 N°2 e inciso 3° C.P.R.); deviene este control en un “cuasi amparo constitucional” de derechos fundamentales, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional va a determinar en su efectivo derrotero. En este sentido operan como controles mixtos: “abstracto-concreto” de constitucionalidad.

- c. El Poder Constituyente derivado incorpora en el artículo 94 C.P.R. una racionalización sistematizadora de la sentencia constitucional en los controles de normas, autoridad de cosa juzgada, efectos personales y temporales.
- d. Tratándose del control concreto de constitucionalidad vía acción de inaplicabilidad, la sentencia estimatoria e incluso la sentencia interpretativa, que por el contenido de la decisión conlleva la inaplicación del precepto legal impugnado (que en rigor no alcanza al enunciado legal, sino a la aplicación de éste), con efecto personal relativo y efecto temporal *ex tunc*, posee un formidable efecto o alcance en la decisión que el tribunal ordinario o especial está llamado a adoptar, ya que tratándose del precepto legal inaplicable de derecho material al caso específico, y si el asunto contare con sentencia definitiva (o incluso sentencia interlocutoria), se produce un alcance revocatorio de la sentencia dictada en primera instancia si el asunto se encontrare en sede de apelación y un alcance casatorio de la sentencia si el asunto se encontrare en sede de casación. Por ello decimos que el Tribunal Constitucional deviene en “tribunal de supercasación” (ya no sólo de normas en el sentido de Kelsen, sino de sentencias judiciales) y se sitúa en un plano funcional de supraordenación frente al Poder Judicial y a la Justicia Electoral. Prospectivamente este alcance revocatorio y casatorio de la sentencia de inaplicabilidad, es una fuente de potenciales conflictos de jurisdicción, y por ende, de conflictos de poder institucionales.
- e. Por último, la sentencia estimatoria en sede de inaplicabilidad permite construir la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, cuando la ley declarada inaplicable por inconstitucionalidad lesiona derechos fundamentales de contenido patrimonial, el principio de igualdad constitucional y el concepto mismo de ley material. De este modo la ley inaplicable por inconstitucionalidad es el título de imputabilidad de este tipo de responsabilidad patrimonial, la que es directa, objetiva, pero que requiere calificar el daño injusto que es objeto de reparación o indemnización. Ello transforma a la acción de inaplicabilidad casi en una “cuestión prejudicial”, en la medida que la inaplicación de la ley es un presupuesto para que prosperen las pretensiones procesales reparatorias ventiladas ante los jueces del fondo. Como los efectos de la sentencia estimatoria en sede de inaplicabilidad y cuestión de inconstitucionalidad difieren, tal diferenciación y quóruns de decisión del órgano plenario, no sólo generan un mecanismo de autocontención o “self restraint” sino también un espacio a la diferencia razonada con los órganos legislativos, y abrir un lapso de tiempo para adecuar la ley, a la matriz de ley material (normación general, abstracta, cierta y obligatoria) tratándose de legislación de desarrollo de derechos fundamentales (civiles de contenido patrimonial) que pudiere infringir el principio constitucional de igualdad y las garantías constitucionales patrimoniales.

## II. COMPOSICIÓN, ATRIBUCIONES Y FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Con anterioridad a la reforma constitucional de 2005, la competencia de Tribunal Constitucional estaba limitada, siguiendo más bien el modelo del Consejo Constitucional francés de control preventivo, por lo que su carga de trabajo consistía básicamente hasta 1990 (después de 1990 proliferan los conflictos de constitucionalidad llevados al Tribunal por la minoría parlamentaria) en el control preventivo de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales. De esta forma, si se considera que desde su instalación, en 1981, hasta la entrada en vigor de la reforma constitucional, el Tribunal Constitucional dictó un total de 463 sentencias sobre igual número de asuntos, puede decirse que despachó un promedio de 19 a 20 causas al año.<sup>7</sup>

También hasta la reforma constitucional de 2005 el Tribunal estaba integrado sólo por siete ministros, a quienes no se exigía dedicación exclusiva. Tres de ellos eran, a la vez, ministros de la Corte Suprema (“jueces burócratas” en los términos de Cappelletti), en la que tenían su despacho y actividad principales, y los cuatro restantes eran prestigiosos abogados a quienes la Constitución no imponía prohibiciones ni limitaciones significativas y podían tener otra actividad remunerada o ejercer la profesión legal en sus propios bufetes o en la actividad empresarial o universitaria, que, por lo general, constituían, también, su actividad principal. Por ello se ha sostenido que este Tribunal Constitucional de la segunda etapa, a pesar de su importante competencia y misión, tenía una baja actividad jurisdiccional.

La situación descrita explica que este Tribunal Constitucional, que funcionaba únicamente como órgano plenario, pudiera siempre cumplir a cabalidad con sus atribuciones celebrando sesiones ordinarias sólo una vez por semana; que lo hiciera con comodidad dentro de las limitaciones de su actual sede, que le bastara con el apoyo de unos pocos funcionarios.

Desde la entrada en vigor de la reforma constitucional (el 26 de febrero de 2006 en lo que se refiere al Capítulo VIII de la Constitución), la situación del Tribunal Constitucional ha cambiado sustancialmente. Hemos dicho que el Tribunal Constitucional deviene, empleando una licencia lingüística en “un tribunal de estrados y mesón”, para designar no sólo la ampliación de su competencia sino también para designar la vía directa de impugnación que ofrece la acción de inaplicabilidad y la importancia que adquiere esta acción en el ejercicio cotidiano de los abogados del foro e incluso para los ciudadanos. En efecto la competencia

<sup>7</sup> Gómez Bernaldes, Gastón: “Control de Constitucionalidad y Tribunal Constitucional”, en “Estudios sobre Jurisdicción Constitucional”, Edic. Universidad Diego Portales, serie Cuadernos N° 31, Santiago, 1996.

del Tribunal se amplió considerablemente, incluyendo ahora la acción de inaplicabilidad de preceptos legales, los conflictos de constitucionalidad sobre auto acordados y “contendidos de competencia”, entre otras; sus integrantes se han elevado de siete a diez, y sus ministros deben tener dedicación exclusiva a la Judicatura, pues la Constitución les prohíbe ejercer la profesión de abogado y les impone, además, las mismas prohibiciones que a los parlamentarios y los jueces, todo lo cual les imposibilita tener otra actividad remunerada, excepto una limitada actividad docente; gozando de una remuneración adecuada para asegurar la dedicación y dignidad en la función. La regla permanente es que los ministros del Tribunal durarán nueve años en sus cargos, renovándose por parcialidades cada tres años, serán irresponsables, inamovibles y no podrán ser reelegidos, cesando en sus funciones al cumplir 75 años de edad (art. 92 C.P.R.). Con este estatuto personal de los ministros se asegura la independencia (ad extra y ad intra) e imparcialidad, y contribuye a producir lo que se ha dado en denominar “jueces sin agradecimiento” y a evitar cualquier sombra de “conflicto de interés”.

El Tribunal Constitucional debe funcionar, ahora, tanto en pleno como en dos salas, lo que hace ordinaria y periódicamente cada semana y, a contar del pasado 1 de marzo a la fecha, ya han ingresado aproximadamente medio centenar de nuevas causas, de las cuales únicamente dos corresponden a materias que fueron tradicionalmente de su competencia (control obligatorio de constitucionalidad de leyes orgánicas constitucionales) siendo las restantes acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales. Ello significa que, en tres meses, el Tribunal asume la carga de trabajo que tenía en tres años en su etapa anterior a la reforma, a lo que cabe agregar que en el trámite de pleno de las causas deberá oír alegatos, lo que antes sólo hizo en forma excepcional en contadas oportunidades.

Todo ello explica, que junto con la nueva legislación orgánica del Tribunal Constitucional, adecuatoria a la reforma a la Carta Política, se requiera reforzar el funcionariado de apoyo a sus labores e incrementar sus recursos materiales y financieros para cumplir con eficiencia y decoro su rol institucional.

Para concluir, es menester puntualizar que el Tribunal Constitucional, aún sin la modificación a su legislación orgánica de adecuación a la reforma constitucional, ejerce en plenitud su nueva competencia a partir del 26 de febrero de 2006. En especial sustancia las acciones de inaplicabilidad, confiriendo “fuerza normativa” a las normas iusfundamentales del capítulo VIII (arts. 92 a 94 C.P.R.) y al principio de inexcusabilidad propio de la función jurisdiccional, aplica en lo pertinente las normas de su ley orgánica vigente (en especial su capítulo II, título I y II de la Ley N° 17.997), sin incurrir en desvíos normativos vía autos acordados, más aún si se pondera que los procedimientos ante esta Judicatura han quedado sometidos al dominio del legislador orgánico (art. 92 inciso final C.P.R.).

### III. NUEVA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Resulta necesario en esta presentación del “nuevo” Tribunal Constitucional hacer una sumaria referencia a la competencia ampliada de éste y que modifica nuestro sistema de Jurisdicción Constitucional, ya que éste es uno de los contenidos torales de la reforma constitucional.<sup>8</sup>

Es sabido que el Tribunal Constitucional es el guardián de la Constitución en un Estado de Derecho, por lo que su integración debe gozar de la mayor legitimidad democrática indirecta posible y sus miembros de la mayor cualificación profesional e idoneidad ético pública. Por ello la reforma recompone el Tribunal del modo siguiente: un total de diez miembros letrados, que durarán nueve años en sus cargos, designados del modo siguiente: tres designados por el Presidente de la República, cuatro elegidos por el Congreso Nacional, dos nombrados directamente por el Senado y dos propuestos por la Cámara de Diputados y ratificados por la cámara alta; y tres elegidos por la Corte Suprema; todo sin perjuicio de las disposiciones transitorias (14<sup>a</sup>) que le confieren continuidad temporal a la integración del Tribunal previa a la reforma constitucional y una renovación escalonada en el tiempo (art. 92 nuevo). Los miembros del Tribunal conservan su estatuto personal, perfeccionándose su régimen de prohibiciones, en razón del crecimiento notable de su competencia. Por ello es menester destacar que su actual composición, de un total de diez ministros siete ministros son destacados profesores universitarios (de los cuales cuatro son constitucionalistas y uno de ellos procesalista) y los tres restantes abogados de experiencia judicial, pública y privada.

En cuanto a la competencia del Tribunal, ésta es reforzada en el campo del control abstracto, preventivo, facultativo o preceptivo de normas (tratados internacionales, proyectos de ley, reglamentos de ejecución y autónomos) y ampliada al control de constitucionalidad “abstracto-concreto”, represivo y facultativo de autos acordados de la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y Tribunal Calificador de Elecciones; heterocomposición de “contendidas de competencia” o conflictos de jurisdicción entre autoridades políticas o administrativas y tribunales de justicia que no correspondan al Senado y también a un formidable control concreto de constitucionalidad, represivo y facultativo incoado mediante la acción de inaplicabilidad y el consecuente control abstracto en sede de cuestión de inconstitucionalidad, más su tradicional competencia miscelánea también reforzada como se anotó (art. 93 nuevo).

Especial mención requiere el nuevo control concreto, represivo y facultativo de normas legales vía acción de inaplicabilidad, y el eventual control vía cuestión de

<sup>8</sup> Consultar de Francisco Zúñiga Urbina: “Elementos de Jurisdicción Constitucional”, 2 vol., Edit. Universidad Central, Santiago, 2002. También un trabajo comparatista de Humberto Nogueira Alcalá: “La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Iberoamérica del Sur. En la Alborada del siglo XXI” Lexis Nexis, Santiago, 2005.

inconstitucionalidad, de oficio o mediante acción pública. En el primer caso, como se anotó anteriormente, en la “acción de inaplicabilidad” la sentencia estimatoria tiene efecto personal inter partes, un efecto temporal ex tunc y su contenido es inconstitucionalidad–inaplicación, más el referido alcance revocatorio y casatorio que posee; y en el segundo caso en la “cuestión de inconstitucionalidad” la sentencia tiene efecto personal erga omnes, un efecto temporal ex nunc y su contenido es inconstitucionalidad–anulación.

Es decir el control concreto es una formidable, o mejor dicho prometedora herramienta de control de constitucionalidad y consiguientemente de depuración de normas, que concentra y monopoliza el contencioso constitucional en el Tribunal Constitucional, poniendo fin a la posibilidad de un sistema difuso de control de constitucionalidad o al empleo de la casación como herramienta para conferir a la Constitución el carácter de ley. Incluso más, hoy tanto la inconstitucionalidad–inaplicación de la ley post-Constitución, como la inconstitucionalidad–inaplicación de la ley pre-Constitución (inconstitucionalidad sobrevenida) competen exclusivamente al Tribunal Constitucional en sede de inaplicabilidad–cuestión de inconstitucionalidad, pudiendo los tribunales ordinarios o especiales motivar ante el Tribunal la inaplicabilidad, pero bajo ningún concepto ejercer un control difuso de constitucionalidad. También la reforma constitucional resuelve el problema de legitimación procesal activa en inaplicabilidad–cuestión de inconstitucionalidad e impugnación de autos acordados. Además establece quórums y funcionamiento en sala y pleno y la competencia atribuida en cada caso, sin perjuicio de lo que la modificación a la ley orgánica en actual trámite disponga en este punto. Ello conlleva, además, el fortalecimiento de la Corte Suprema como tribunal de casación.

Hemos sostenido que el Poder Constituyente derivado, que si bien separó los institutos de la inaplicabilidad y la cuestión de inconstitucionalidad, mantuvo un hibridaje, al ser el primero presupuesto procesal del segundo. En rigor la acción de inaplicabilidad instaura un proceso de control concreto y represivo de constitucionalidad (juicio incidental de inconstitucionalidad), sea activando al Tribunal Constitucional por vía de acción de parte o por el tribunal ordinario o especial de la gestión en que el precepto legal impugnado es derecho material, revistiendo a la sentencia de cosa juzgada, efecto personal relativo y efecto temporal ex tunc o retroactivo. Así el Poder Constituyente derivado separa la sumisión a la Constitución y la sumisión a la ley por parte de los tribunales, velando por los principios de constitucionalidad y el principio de legalidad y sus controles respectivos (control de constitucionalidad y casación).

En conclusión, nuestro control concreto y represivo de constitucionalidad difiere del alcance dado en los sistemas concentrados de Jurisdicción Constitucional en que la sentencia tiene efectos generales (Alemania, Italia, España, Bolivia, entre otros), tiene más similitud con el control concreto portugués en que la sentencia recaída en el juicio

incidental produce efectos relativos (art. 280 de la Constitución de Portugal), y que obliga al Ministerio Público a plantear un recurso al Tribunal Constitucional cuando un tribunal aplique a un caso concreto una norma declarada previamente inconstitucional en esta sede. Por ello la sentencia estimatoria de inaplicabilidad es el presupuesto procesal de la cuestión de inconstitucionalidad (activándose de oficio o mediante acción pública), lo que redundará en un transitar del control concreto al control abstracto, por lo que la ratio decidendi de esta sentencia no obliga al Tribunal Constitucional en la medida que la cuestión pone en marcha un control abstracto y represivo, en que la sentencia estimatoria declara la inconstitucionalidad (anulación), con efectos personales erga omnes o generales y efectos temporales ex nunc o pro futuro.

En cuanto a la sentencia constitucional el citado artículo 94 C.P.R. mantiene como regla básica que es una decisión de única instancia, sin perjuicio de poder rectificar errores de hecho en que incurriere, pero el Poder Constituyente derivado innova al sistematizar los efectos de la sentencia en los controles de normas, sin abordar los efectos de la sentencia en la competencia del Tribunal que excede el control de constitucionalidad. En razón de ello en el cuerpo de este libro nos hacemos cargo de una completa sistematización de todos los efectos y en particular de la cosa juzgada. Efectivamente la reforma constitucional le confiere un contenido consistente a la declaración de inconstitucionalidad en cuanto anulación en razón de la competencia de control de normas, con la sola excepción del efecto temporal “aparentemente” declarativo o ex tunc de la sentencia tratándose de la inconstitucionalidad de decretos supremos (Nº 16 del art. 93 y art. 94 nuevos).

De esta suerte, el Tribunal Constitucional como “legislador negativo” por usar un término del jurista vienés Hans Kelsen, al declarar la inconstitucionalidad de las leyes, puede graduar sus efectos, desde la inaplicación (Nº 6 del art. 93) a la anulación o invalidez (Nº 7 del art. 93), generando así un “self restraint” y un espacio a la deferencia razonada con el Congreso Nacional y el Presidente de la República como órganos de legislación. Cabe precisar que conforme al artículo 92 inciso 5º el Tribunal adopta sus acuerdos por simple mayoría, salvo que se exija un quórum diferente y fallará de acuerdo a derecho. Con todo se eleva el quórum ordinario a quórum calificado de mayoría de sus miembros en ejercicio para la decisión de inaplicabilidad o control concreto y represivo y a la mayoría de cuatro quintos de sus miembros en ejercicio para la cuestión de inconstitucionalidad o control abstracto y represivo (art. 93 Nº 6º y Nº 7º C.P.R.). El quórum de constitución válida de sesiones del Tribunal (pleno) es de 8 de sus miembros a lo menos y de la sala es de 4 de sus miembros a lo menos.

La sentencia deberá contener los votos concurrentes o disidentes o particulares (art. 31 Ley Nº 17.997). Las sentencias del Tribunal Constitucional que declaren la inconstitucionalidad de todo o parte de una ley, de un decreto con fuerza de ley, de un decreto supremo o aun auto acordado, en su caso “se publicarán en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación” (art. 94 inciso final C.P.R.).

Esta nueva competencia y reforma del Tribunal Constitucional, como antes se observó, contenida en el nuevo capítulo VIII de la Constitución quedó sometido a un plazo de vacancia de seis meses después de la publicación de la reforma (Disposición Transitoria 16ª).

#### IV. CONCLUSIONES

Los artículos recopilados en este libro han sido objeto de pequeñas correcciones, adecuaciones y adiciones (a pesar de que lo escrito tiene su “edad”) para hacer posible su lectura provechosa a la luz de la reforma constitucional de 2005, excepto uno de los trabajos titulado: “Control Concreto de Constitucionalidad. Recurso de Inaplicabilidad y Cuestión de Inconstitucionalidad en la Reforma Constitucional” ubicado al final del capítulo III sobre “Controles de Constitucionalidad”, trabajo inédito en esta versión, escrito al calor de la reforma en su periodo de término y en que fuimos muy críticos de las fórmulas perfeñadas en el primer trámite en el Senado acerca de la acción de inaplicabilidad y la cuestión de inconstitucionalidad; las que fueron corregidas en el segundo trámite en la Cámara de Diputados, y mediante el veto del Presidente de la República.

El autor adquiere dos deudas, que espera saldar, la primera el abordaje monográfico del “nuevo” o refundado Tribunal Constitucional (organización, funcionamiento, competencia, procedimientos y sentencia) y la segunda el abordaje también monográfico del provocativo tema del “cuasi amparo constitucional”. Los plazos de estas deudas intelectuales, probablemente las únicas de mi gusto, empiezan a correr una vez que entre en vigor la modificación a la Ley Nº 17.997 orgánica constitucional del Tribunal Constitucional.

También se hace obligado agradecer al profesor Juan Colombo Campbell, ex presidente y actual ministro del Tribunal Constitucional, la preparación de un macizo prólogo a esta recopilación. El profesor Colombo Campbell no sólo es un eminente procesalista y juez constitucional, sino que además un maestro franco y asequible a quien recurrir ante las inquietudes intelectuales que surgen cuando convergen las disciplinas científicas del procesalismo y del constitucionalismo en la Jurisdicción Constitucional.

Finalmente, se hace necesario consignar un agradecimiento al Tribunal Constitucional y en especial a su presidente profesor José Luis Cea Egaña, por permitir publicar esta recopilación bajo el sello editorial de esta Judicatura.

Por último, a modo de sucinta conclusión, es menester indicar que cumpliéndose en esta fecha el trigésimo quinto aniversario de la fundación del Tribunal Constitucional asistimos con la reforma constitucional de 2005 y la puesta en vigor de ésta a partir del 26 de febrero del 2006 a una “refundación” de la Judicatura Constitucional.

El por-venir del Tribunal Constitucional y por ende la visión crítica y prospectiva de nuestro sistema de Jurisdicción Constitucional en cuanto institución contramayoritaria, pero necesaria en nuestra democracia constitucional, estará determinada por su inserción institucional en el régimen político en cuanto órgano jurisdiccional de decisión de conflictos de poder, y por su jurisprudencia y doctrina relativa a la guarda de la Constitución en cuanto subsistema normativo básico y fuente de todo el ordenamiento jurídico, ya que ésta jurisprudencia y doctrina es el sostén último de su precaria legitimidad democrática.

En este apartado final nada más pertinente que recordar a Andrés Bello, en sus opúsculos sobre la necesidad de fundar y el modo de acordar las sentencias, quien sostiene que la fundamentación de las sentencias está ligada a la naturaleza de las instituciones republicanas, que exigen responsabilidad en el ejercicio del poder, y tratándose de los jueces en último término tal responsabilidad se hace efectiva con la obligación de fundar sus decisiones; lo que tiene especial fuerza tratándose de la "aristocracia togada", inmune a las responsabilidades de Derecho.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Bello, Andrés: "Obras Completas" Dirección del Consejo de Instrucción Pública, Ley de 1872, impreso por Pedro G. Ramírez, Santiago, 1885, Vol. IX pags. 279-285, 428-436

## II. CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDAD

### 1. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CASACIÓN (\*)(\*\*)

#### I. PROLEGÓMENOS

En nuestra doctrina se ha planteado en el último lustro un interesante debate acerca de los institutos de control de constitucionalidad y de casación, que es parte de un debate mayor acerca del modelo de Jurisdicción Constitucional imperante.

Un sector de la doctrina, defendiendo un control difuso de constitucionalidad de normas, sostiene que la Constitución es derecho material del instituto de la casación, por tratarse de la Ley fundamental del Estado o Ley de leyes. De esta suerte la matriz: infracción de *lex decisoria litis* o *lex probatoria litis*, puede ser reconducida también a la Constitución. En el fondo este sector de la doctrina plantea que en sede de casación el Tribunal pueda inaplicar o "preterir" la ley fundada en la Ley Fundamental, sin perjuicio de plantearse un modelo difuso de control de constitucionalidad que al amparo de los artículos 6º y 7º de la Constitución, más la virtualidad de tratados internacionales de derechos humanos que integrarían el "bloque de constitucionalidad", puedan inaplicar o preterir la ley que fuere contraria a la Ley fundamental.

Una defensa de esta posición en la doctrina es recientemente planteada, a partir de la distinción maniquea entre un constitucionalismo humanista y un constitucionalismo estatalista, es el pretexto para abordar esta cuestión.<sup>10</sup>

\* Francisco Zúñiga Urbina, profesor de Derecho Constitucional.

\*\* Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

<sup>10</sup> He utilizado como excusa para esta crítica el trabajo del profesor Miguel Ángel Fernández: "Constitución y Casación ¿de la falta de aplicación al monopolio constitucional?", en Revista Estudios Constitucionales, del Centro de Estudios Constitucionales, U. de Talca, año 2005. Del mismo autor: "La Fuerza Normativa de la Constitución", publicado en LXVIII, Revista de Derecho Público, U. de Chile, 2001, pp. 77-102. También, Luz Bulnes A.: "La Fuerza Normativa de la Constitución", Revista Chilena de Derecho, PUC, Numero especial, 1998. Idem José Luis Cea E.: "Derecho Constitucional Chileno", I, edic. Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002., pp. 237-238 y 244-246. También con vehemencia defiende la existencia de un modelo difuso en nuestro medio Lautaro Ríos A.: "El control difuso de constitucionalidad de la ley en la república de Chile", Gaceta Jurídica (GJ) Nº 264, 2002, pp. 20-43. Además, el procesalista Raúl Tavorali O.: "Recurso de Casación y Queja. Nuevo Régimen", Edit. ConoSur, Santiago, 1996, en especial pag. 51 y ss.

El constitucionalismo humanista, tiene como supuestos esenciales concebir a la Constitución como norma suprema, que contiene un autoreconocimiento de principios de constitucionalidad en su artículo 6º, y da cuenta de una irradiación de la Constitución en el derecho privado en particular y en todo el ordenamiento jurídico. Ello significa que la Constitución está dotada de una "fuerza normativa", y por ende, no requiere de mediación normativa para su aplicación a hechos o situaciones concretas, a menos que el propio Poder Constituyente imponga el deber de mediación legislativa o infraconstitucional, en suma se trata de una aplicación directa e inmediata de los preceptos iusfundamentales. Además los tribunales deben preterir cualquier norma infraconstitucional contraria a la Constitución. Finalmente, la "fuerza normativa" de la Constitución y el proceso jurídico, político y cultural contemporáneo han desencadenado una constitucionalización del derecho, que significa que las normas jurídicas deben ser interpretadas y aplicadas conforme a los principios, valores y preceptos de la Carta Fundamental.

A nuestro juicio, esta doctrina incurre en un "fetichismo constitucional", que se ha apoderado gravitadamente en nuestra doctrina como posición teórico-metodológica, con una filiación ideológica explícita.

Prescindiendo de distinciones maniqueas de suyo falaces, una aproximación teórico y metodológica positivista-normativista y crítica necesariamente debe dar cuenta que el constitucionalismo contemporáneo es fruto de la herencia de tres tradiciones históricas, culturales e ideológicas en sentido débil: constitucionalismo liberal, constitucionalismo social y constitucionalismo democrático, que han permitido afianzar después de la segunda gran guerra en Occidente un concepto normativo de la Constitución que hace de ésta la primera fuente del orden jurídico y al mismo tiempo un subsistema normativo, concepto tributario de la contribución de Kelsen y su escuela. Esto significa, que efectivamente la Constitución como norma *normorum* fija el sistema de reparto de poderes normativos que atañen a la organización básica del Estado y por otra parte, establece valores superiores, principios, derechos, deberes y garantías constitucionales que permiten fijar la separación del Estado de la sociedad civil (y economía) y el tipo de relaciones (relaciones de poder, de libertad e igualdad) que las personas y sus grupos tienen con el poder público.<sup>11</sup>

El concepto normativo de Constitución conlleva en primer lugar un autoreconocimiento de sus principios de constitucionalidad, a saber: supremacía formal y material, eficacia normativa y valor normativo, instituyéndose correlativamente un

<sup>11</sup> J. Pérez Royo nos indica: "La Constitución es, por lo tanto, y de manera simultánea fuente del Derecho y norma que regula las fuentes del Derecho, la producción jurídica". En "Las Fuentes del Derecho", Edit. Tecnos, 4ª ed., 2 reimp., Madrid, 1991, pag. 31. También de Manuel García Pelayo los artículos: "El status del Tribunal Constitucional" y "La Constitución" en Obras Completas, Edit. CEC, 3 vol., 1991, vol. III, pag. 2893-2914, pag. 2915-2930.

sistema de garantías que cautela la supremacía e integridad de la Ley fundamental que se denomina Jurisdicción Constitucional. Tal Jurisdicción Constitucional se encausa, merced acciones a través de un proceso de constitucionalidad y de un proceso de amparo de derechos, a la tutela del derecho de la Constitución. Luego, la tradicional rigidez constitucional y la apelación al principio-dogma de la soberanía nacional, imbricados en un control político de constitucionalidad de normas y actuaciones del poder público, propias del constitucionalismo liberal decimonónico no resultan suficientes como dispositivos de garantía de la Constitución.

Además, se ha producido un proceso de constitucionalización del Derecho Privado en particular y de todo el derecho que redundan en el imperativo de una interpretación conforme a la Constitución de todas las normas del ordenamiento.

Finalmente el concepto normativo de Constitución entraña reconocer en ésta derecho superior, como reza la fórmula norteamericana de la Constitución de 1787 "derecho supremo de la tierra", es decir, derecho objetivo y derecho subjetivo (derechos, deberes y garantías constitucionales). La superioridad jerárquica de la Constitución, que permitió concebir la doctrina de la pirámide del ordenamiento jurídico de Mehl y Kelsen arranca de que la Ley Fundamental es fruto de la autodeterminación política de una comunidad que se organiza; lo que permite unir el principio de jerarquía con el principio democrático en la edificación del Estado. De esta suerte, la eficacia normativa y valor normativo de la Constitución guarda estrecha relación con la estructura normativa de ésta, tipo de eficacia (competencia positiva y negativa) y por ende en el tipo de normas (*summa divisio* tradicional normas de conducta y normas de organización), materia de suyo complejo y que escapa a los objetivos de éste trabajo.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Vgr. En la doctrina española Torres del Moral, siguiendo a Rubio Llorente, Huber y Scheimer propone para la Constitución española un completo esquema general y taxonómico de normas iusfundamentales, a saber:

1. Normas declarativas y principios fundamentales del régimen político instaurado, como el artículo 1º íntegro.
2. Normas de reconocimiento de derechos.
3. Normas formuladoras de garantías institucionales, las cuales aseguran y protegen la existencia, organización o funcionamiento de determinadas instituciones; por ejemplo, el pluralismo de partidos (artículo 6º), los colegios profesionales (artículo 36) o la autonomía municipal (artículo 140). Pueden referirse también a los derechos, en cuyo caso se difumina su diferencia con la categoría anterior.
4. Habilitaciones, mandatos, prohibiciones y directrices a los poderes públicos. Por ejemplo, el artículo 53.3 manda a los tres poderes clásicos que informen su actividad en los principios de política social y económica (capítulo III del título I); el artículo 117.3 prohíbe a los juzgados y tribunales que ejerzan otras funciones que las constitucionales o legalmente determinadas.
5. Normas sobre producción jurídica, esto es que regulan el modo de producción de otras normas, incluso la reforma de la propia Constitución. Entre ellas no faltan preceptos que remiten a otras normas par que regulen la Constitución, el denominado bloque de la constitucionalidad.
6. Normas orgánicas:
  - 6.1. Normas sobre composición y organización de las instituciones.
  - 6.2. Normas de procedimiento.
  - 6.3. Normas atributivas de competencias.

En consecuencia, nuestro planteamiento es muy simple: a la hora de utilizar el concepto normativo de Constitución y sus principios de constitucionalidad debemos establecer la estructura normativa iusfundamental, la modalidad de eficacia que poseen las normas iusfundamentales y el tipo de norma iusfundamental de que se trata, antes de postular mecánicamente su aplicabilidad directa y sin mediación normativa infraconstitucional. De lo contrario, la Constitución se transforma en un demiurgo normativo, en derecho material para todo tipo de hechos y situaciones, lo que es evidentemente un absurdo.

Precisamente uno de los problemas que plantea la hipertrofia o "elefantiasis" del recurso de protección como proceso de amparo de derechos fundamentales, que lo superpone a vías ordinarias y especiales de tutela de derechos y hace del recurso verbigratia un sucedáneo de contencioso administrativo, es el amplísimo y desmedido horizonte de hechos y situaciones a los que se ha pretendido utilizar, entroncando tales hechos y situaciones en lesión antijurídica de derechos constitucionalmente garantizados. Tal hipertrofia del recurso de protección y de otras acciones de amparo ordinario constitucional, han contribuido a su lamentable decadencia en la praxis forense y jurisprudencia de tribunales. Sólo un "fetichismo constitucional" puede llevarnos por estos caminos.

En el fondo el quid de nuestra discrepancia teórico-práctica con el sector de la doctrina singularizado, estriba en precisar en qué consiste la Constitución como derecho y por lo tanto, el alcance de la interpretación conforme a la Constitución que deben hacer los tribunales que integran el Poder Judicial y todos los órganos del Estado. Tal interpretación conforme hace de la Constitución en su derecho objetivo y en su derecho subjetivo, un subsistema de normas poseedora de un techo ideológico o "fórmula política" que preside la utilización de reglas hermenéuticas por los operadores del derecho. De esta suerte, la interpretación conforme puede utilizarse como una regla imperativa para dar aplicación preferente a fuentes formales del derecho infraconstitucionales que guarden armonía o sean compatibles con la Constitución. Pero ello no puede importar inaplicar o "preterir" la ley en ningún procedimiento judicial bajo el pretexto de la "fuerza normativa" de la Constitución, menos aun en

Estas normativas no son excluyentes entre sí. Así, por ejemplo, las normas sobre producción jurídica pueden estar formuladas como habilitaciones, mandatos o directrices a los poderes públicos, principalmente al legislador, y ser, además, atributivas de competencias; a su vez, las habilitaciones, mandatos, prohibiciones y directrices a los poderes públicos pueden versar sobre derechos o sobre garantías institucionales, etcétera. Pero la estructura normativa de un mandato al legislador es diferente de la del reconocimiento de un derecho y, en principio, no implica tal reconocimiento.

Antonio Torres del Moral: "Principios de Derecho Constitucional Español", Servicio Publicaciones Facultad Derecho, Universidad Complutense Madrid, 4ª Edición renovada y abreviada. Madrid, 1998, pag.105-106. También recoge una taxonomía de normas constitucionales Klaus Stern "Derecho del Estado de la República Federal Alemana" (trad. J. Pérez Royo y P. Cruz Villalón) Edit. CEC, Madrid, 1987, pp. 271-279.

sede de casación, ya que no sólo se quiebra el principio de legalidad y seguridad jurídica, sino que además se compromete la responsabilidad penal ministerial de los jueces (art. 79 Constitución Política de la República y art. 223 y siguientes del Código Penal). Más aún la inaplicación e inconstitucionalidad de la ley tiene un cauce procesal preciso e idóneo con la reforma constitucional de 2005 como es el híbrido "inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad".

En el campo de la interpretación conforme de la Constitución tienen importancia total valores superiores y principios constitucionales incardinados a un techo ideológico abierto. Tal techo ideológico abierto (apertura que posee una directa relación con la Constitución de origen democrático como pacto en el tienen cabida distintas visiones ideológicas) en una democracia pluralista aquilata en decisiones básicas que el Constituyente adopta acerca del Estado, la persona, los grupos intermedios, la sociedad civil y la economía, y que deben servir de patrón de referencia a todos los operadores públicos y privados del derecho. Con todo, el techo ideológico de la Constitución no debe significar profesar un orden material de valores objetivo, sino reconocer la cristalización histórica de valores socialmente dominantes (valores temporales y como toda ideología fuertemente condicionados), no exentos de ambigüedad, apertura y polivalencia, caracteres en donde reside su plasticidad y riqueza a la luz de una ética dialógica.

Particular importancia tiene esta interpretación conforme de la Constitución cuando las reglas de hermenéutica se aplican a derechos, deberes y garantías, que tienen eficacia y valor normativo directa mediante el proceso de amparo ordinario de derechos (acciones constitucionales), en que la regla pro homine o favor libertatis favorece la irreversibilidad, la progresión, la posición preferente y la expansividad de tales técnicas de tutela de intereses y voluntades.<sup>13</sup>

Luego, resta en este abordaje diferenciar los institutos de control de constitucionalidad y de casación, en particular a la luz de la reforma constitucional de 2005 que consagra la inaplicabilidad y cuestión de inconstitucionalidad, que residencia en el Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de la ley (monopolio del contencioso constitucional), tanto del control preventivo como represivo, abstracto y concreto.

<sup>13</sup> Nogueira Alcalá, Humberto: "Dogmática Constitucional", Editorial U de Talca, 1997, pag. 140-152.

## II. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CASACIÓN

En sede de casación existe numerosa jurisprudencia acerca de que la Constitución no es derecho material para determinar la existencia de errores in procedendo o in iudicando que ameriten casar una sentencia. Los argumentos son deficitarios, pero están enderezados a establecer la existencia de un monopolio del control de constitucionalidad antes de Judicatura dual (Corte Suprema ejerciendo un control represivo y facultativo mediante la acción de inaplicabilidad y Tribunal Constitucional ejerciendo un control preventivo) hoy con la reforma constitucional de 2005 residenciado exclusivamente en el Tribunal Constitucional. Los argumentos son deficitarios, ya que reflejan un escepticismo arraigado de la Corte Suprema en concebir la Constitución como derecho, lo que probablemente tiene consecuencias en el tradicional raquitismo de la jurisprudencia y doctrina de inaplicabilidad, y que constituye un lugar común que ha dado pie a críticas prácticamente unánimes en nuestro medio desde hace décadas.<sup>14</sup>

De modo fragmentario es menester citar los fundamentos usuales consignados en fallos de la Corte Suprema en sede casación, a saber:

1. S.C.S. de 19 de julio de 1995.

“Teniendo presente, que los jueces no pueden sustraerse de aplicación de determinada ley, que resulte pertinente al caso que deben resolverse, no obstante que pudieren considerarla contraria con un precepto constitucional, sino cuando la respectiva inaplicabilidad por inconstitucionalidad haya sido reconocida y declarada por esta Corte Suprema, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 80 de la Constitución Política de la República, razón por la cual debió darse aplicación en estos autos o las disposiciones de la ley N°19.260.”

2. S.C.S. de 22 de abril de 2002, (Rol N°1.139-2001)

“20°. Que, sin perjuicio de lo anteriormente dicho y de la naturaleza administrativa y no jurisdiccional del procedimiento que llevó a la imposición de la multa reclamada, corresponde precisar que el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, mencionado en el quinto capítulo de casación, no es susceptible de ser violentado en términos de originar la posibilidad de interponer por ello un recurso como el de la especie, habida cuenta que se trata de una norma genérica y cuya reglamentación se encomendó al legislador para que dicte las respectivas normas –leyes– de procedimiento,

<sup>14</sup> Una visión completa y sinóptica del recurso de inaplicabilidad en artículo de Enrique Navarro Beltrán: “El Recurso de Inaplicabilidad (Revisión de 20 años de jurisprudencia 1981-2001)” G.J. N° 267, 2002, pp. 7-26.

que si pueden ser violentadas y originar casación, sea de forma o de fondo, según la naturaleza de la infracción;”

3. S.C.S. de 30 de diciembre de 2004, (Rol N°381-2004).

“38°. Que también se ha precisado con la misma reiteración por esta Corte, y en la especie también se ve en la obligación de consignarlo, la idea de que resulta redundante el fundar un recurso de casación en disposiciones de orden constitucional, como ha ocurrido en este caso, en que el primer y segundo yerros de derecho se han fundamentado en la supuesta transgresión del artículo 19 N°24 de la Carta Fundamental. La redundancia se produce cuando dichos preceptos establecen principios o garantías de orden general, que usualmente tienen desarrollo en otras disposiciones de inferior jerarquía, tal como en la actual situación sucede, ya que la materia propuesta tiene una copiosa normativa que permite accionar, contenida en otras reglas jurídicas y leyes –concepto entendido según la definición del artículo 1° del Código Civil– y es a ella a la que se debido acudir en forma exclusiva, porque en esta litis, el precepto que se ha invocado es precisamente uno que establece una garantía genérica, pero cuya aplicación práctica queda entregada a los tribunales, a través de normas legales y en cada caso concreto y estas últimas, a su vez, proporcionan a quiénes se sientan afectados en sus intereses por situaciones como la que motivó la presentación de la demanda de autos, las herramientas jurídicas adecuadas para reclamar respecto del mismo;

4. S.C.S., de 29 de julio de 2002 (RDJ XCIV, N°3, julio-septiembre de 2002).

“Que en primer término es útil resaltar la improcedencia de entablar una casación, fundándola en disposiciones de la Constitución Política de la República, a la luz de lo dispuesto en el artículo 767° del Código de Procedimiento Civil, porque la Carta Fundamental se limita a establecer principios y garantías de orden general, cuando versen sobre materias que tengan la correspondiente regulación en normas de orden legal, que sí merecen la protección que les brinda el presente recurso, como lo es el caso de autos, en que se ha invocado una norma de aquel carácter, que tiene reglamentación legal, lo que, por lo demás, surge de las propias alegaciones del recurrente.”

5. S.C.S., de 7 de julio de 2005 (Cons 76°-220°).

“76°) Que una primera consideración sobre esta materia apunta a la violación que se denuncia respecto a los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, infracción que de producirse, da lugar a un juicio de nulidad de derecho público, juicio que no iniciaron los recurrentes, optando por impugnar lo actuado por la Superintendencia, al tenor del artículo 30 del D.L. N°3.538, en lo relativo a la aplicación de las sanciones o de su monto, y cuestionando, en este procedimiento, sus facultades sancionatorias respecto

a los accionistas de las sociedades bajo su fiscalización, antes que postular por la incompetencia del organismo actuante, impugnada, ahora por la vía de una casación de fondo.

El hecho de formular un reclamo respecto de la multa aplicada y subsidiariamente del monto de la misma, de acuerdo al procedimiento de que trata el artículo 30 ya mencionado presupone, desde ya, reconocer implícitamente la competencia de la Superintendencia.

Por lo demás, la reclamación del monto de la sanción resulta diametralmente contradictoria con sostener la falta de competencia del organismo sancionador. Se trata pues, de alegaciones o peticiones incompatibles, y por lo tanto inadmisibles en un recurso de casación por tratarse de argumentos contradictorios o subsidiarios.”

“220º) Que, por otra parte, la casación, como se desprende de la normativa legal que la reglamenta, se concede para invalidar una sentencia en los casos expresamente señalados por la ley, cuando se ha dictado con error de derecho o infracción de ley, por lo que no resulta idónea para resguardar principios genéricos, como el de debido proceso, pues usualmente dicha noción se relaciona con la posibilidad de defensa adecuada y con las garantías procesales correspondientes, en un asunto determinado ante los tribunales, y en que las infracciones que se vayan produciendo en el curso de la tramitación pueden corregirse mediante la interposición de los recursos del caso, para culminar con la casación en la forma.”;

Además, resulta interesante la posición de la Corte Suprema en materia de nulidad de derecho público por delegación inconstitucional de facultades jurisdiccionales fundada en artículo 6º, letra b N°6 y 7 y 116 del Código Tributario y art. 20 del DFL N°7, Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, materia en que las Cortes Apelaciones declaran la nulidad fundada en la “fuerza normativa” de la Constitución (v.gr. S.C.A. de Santiago de 10 de enero de 2005, cons. 3º y 4º en G.J. N°295-2005, pp. 332-334) o en la inconstitucionalidad sobreviniente de dichas normas legales (v.gr. S.C.A. de Santiago de 31 de diciembre de 2004, cons. 4º, 9º y 10º en G.J. N°294, 2004, pp. 323-325).

En efecto la Corte Suprema en sede de inaplicabilidad, reclama para sí la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales singularizadas, como ocurre en sentencia de (18 de mayo de 2005, en G.J. N° 297, 2005, pp. 297-313) que se reproduce en sus principales fundamentos fragmentariamente:

“5º. Que, examinado el punto en estudio bajo el prisma que se viene desarrollando resulta que la delegación de facultades jurisdiccionales que franquea el artículo 116 del Código Tributario constituye una cuestión de esencial incidencia en la decisión del asunto pendiente, de modo que parece plenamente procedente el

análisis relativo a la sujeción de dicha disposición o su desconformidad con la normativa superior de nuestra Carta Fundamental; además que ésta no formula distinciones entre normas sustantivas o adjetivas, por lo que todas ellas quedan comprendidas para resolver la procedencia del recurso.”;

“9º. Que, los artículos 7, inciso 1º, 33, inciso 3º, 35, inciso 2º, 100, inciso 1º, 105, inciso 2º, y 106 de la Constitución Política admiten esta clase de delegación e incluso se determina una regulación general en los artículos 23, inciso 2º, 35 y 41 de la Ley N°18.575 orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se fijó por el D.F.L. N°1/19.653, de diecisiete de noviembre de dos mil uno, y 55, letra a), y 78, letra a), de la ley N°18.834, de veintitrés de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, que aprobó el Estatuto Administrativo, atendida su naturaleza y el ámbito en que opera y produce sus efectos, lo que reafirma la delegación de funciones administrativas de las que ciertos funcionarios se encuentran dotados y no de las facultades jurisdiccionales de los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos que nos ocupa ahora.

En efecto, la letra a) del referido artículo 41 de la Ley N°18.575 evidencia con toda claridad que tales disposiciones están destinadas a reglamentar la delegación de facultades administrativas; amén que algunas de las exigencias que consigna para su validez no se concilian con la delegación de facultades jurisdiccionales, verbi gracia, la especificidad de la letra a) y la revocabilidad de la letra e), toda vez que la resolución ex. 444 en general autoriza al delegado para conocer y fallar todas las reclamaciones y denuncias tributarias de los contribuyentes en contra de las liquidaciones, giros y pagos, lo que abarca la mayor parte de lo contencioso administrativo que puede suscitarse entre los contribuyentes y el Fisco con ocasión de la interpretación y aplicación del estatuto tributario. Y la segunda tampoco se aviene con la exclusividad que requiere el inciso 1º del artículo 73 de la Constitución ni con los artículos 1º y 109 del Código Orgánico de Tribunales, este último conocido como regla de la radicación o fijeza que impide semejante revocación.”.

“10º. Que, por otra parte, entre los principios consagrados en nuestra Constitución Política para el correcto y eficiente desempeño de los órganos jurisdiccionales destaca, a efecto de discernir el tema de la constitucionalidad sublite, el de la legalidad contenido en los artículos 73, inciso 1º, y 74, inciso 1º, de la Carta Fundamental, según los cuales sólo en virtud de una ley se pueden crear tribunales a los que pertenece exclusivamente la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, enunciado que se desprende también de los artículos 19, N°3 inciso

4º, y 38, inciso 2º, de la Carta Política, conforme a los cuales “nadie puede ser juzgado por comisiones especiales sino por el tribunal que señala la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta” y que “cualquiera persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus órganos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley”.

Es así como nuestro sistema jurídico establece a la ley como única fuente creadora de los tribunales y deja excluido todo otro tipo de origen distinto, al extremo que ni siquiera el Presidente de la República puede hacerlo mediante las disposiciones con fuerza de ley requeridas al Congreso Nacional de acuerdo con el artículo 61 de la Constitución, ya que esta autorización no puede comprender, entre otras materias, aquellas que afecten la organización, atribuciones y régimen de los funcionarios del Poder Judicial, ni a las cuestiones que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, cuyo es el caso de los tribunales con arreglo a lo que prescribe el artículo 74.”

“11º. Que, como ya se expresó en el motivo octavo de la presente resolución, el marco legal de los citados artículos 6º, letra b), N°7, y 115, inciso 1º, del Código Tributario y 19, letra b), de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos le asignan a los Directores Regionales del servicios en el carácter de jueces especiales con competencia para conocer y fallar reclamos y denuncias tributarias, se encuadra en dicho principio de la reserva o legalidad que nuestra Carta Magna fija para el establecimiento de los tribunales, pues tal normativa legal es la fuente inmediata de su creación.”

“No ocurre lo mismo con el artículo 116 del Código Tributario que permite a esos jueces especiales que son los Directores Internos “autorizar a funcionarios del Servicio para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando por orden al Director Regional”, que son precisamente aquellas potestades jurisdiccionales de que los ha investido la ley y, en consecuencia, esta verdadera delegación de estas facultades significa conferirles la calidad de órgano jurisdiccional a determinados funcionarios del Servicio, en circunstancias que sólo la ley puede otorgar semejante carácter y entonces se contraviene el reseñado principio de la reserva o legalidad respecto de la organización y atribuciones de los tribunales.”;

“16º. Que, en conclusión las atribuciones de naturaleza jurisdiccional ejercidas por el juez tributario a cuyo cargo estuvo la sustanciación y fallo de las reclamaciones, provienen de la resolución del Director Regional que delegó dichas facultades, constituyéndose, de tal manera, esa decisión u orden administrativa en la fuente jurídica inmediata que ha dotado con la calidad

de juez a un funcionario naturalmente adscrito a la Administración del Estado, en circunstancias que, ajustándose a la normativa constitucional que consagra en nuestro régimen jurídico el principio de legalidad o reserva en la creación y organización de los tribunales de justicia, ello compete exclusivamente a disposiciones de rango y jerarquía legal.

Por lo tanto, el artículo 116 del Código Tributario, al permitir que a través del mecanismo de la delegación se constituya y órgano jurisdiccional cuya designación o determinación no provenga de manera inmediata de la ley, sino del llamado discrecional de otro ente administrativo, se opone a los preceptos citados de la Carta Fundamental e igualmente contraviene los artículos 6º y 7º, inciso 2º, en relación con el artículo 73, éstos de la misma Constitución Política, que impiden la delegación de las funciones jurisdiccionales.”.

### III. CORTE SUPREMA COMO CORTE DE CASACIÓN Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La reforma constitucional promulgada mediante Ley N° 20.050, de 2005, consolida un sistema de monopolios de “jurisdicciones”: monopolio del contencioso constitucional en el Tribunal Constitucional, monopolio del contencioso civil y penal en términos latos en el Poder Judicial y monopolio en el contencioso electoral en la Justicia Electoral.

El instituto de la casación queda reservado como mecanismo recursal de garantía del principio de legalidad, de suerte que, corrige las infracciones del sentenciador a la lex ordenatoria litis, lex probatoria litis y en especial a la lex decisoria litis, permitiendo así unificación jurisprudencial del derecho. En palabras de Calamandrei el instituto de la casación es un dispositivo básico del Estado de Derecho, ya que cumple una función de control jurídico concerniente a la sumisión a la ley de los súbditos como de los órganos del Estado, en especial órganos jurisdiccionales, y que hace de los tribunales superiores ser “custodit ipsos custodes” de los tribunales inferiores, una suerte de “centinelas de la ley” que vigilan la actividad y errores in procedendo – in iudicando de los tribunales, de modo que estos se mantengan en su “esfera de poder”, destruyendo, anulando o casando las sentencias que infrinjan la ley; y también cumple una función de regulador de la interpretación judicial del derecho objetivo o unificación de la jurisprudencia, unidas a la ley como expresión de la voluntad general sometida a la igualdad constitucional. Así, el instituto de la casación satisface el interés público de anular sentencias que infrinjan la ley y el interés privado de tutela legal del recurrente; pero también coadyuva a la centralidad de la ley como fuente del derecho y

consignientemente es un mecanismo de defensa del principio democrático, asegurando el imperio de la ley y con ello un más perfecto Estado de Derecho.<sup>15</sup>

El instituto de la casación sumariamente descrito en sus funciones e intereses está estrechamente ligado al quehacer de la Corte Suprema en el Poder Judicial. La Corte Suprema es un órgano constitucional (plenario y salas), letrado y multifuncional que asume como tribunal supremo roles diferenciados: Tribunal de Casación, Tribunal de Jurisdicción Constitucional en el amparo de derechos fundamentales, Tribunal custodio de la cosa juzgada y órgano directivo, correccional y económico de los tribunales de la nación.<sup>16</sup>

La Corte Suprema como órgano constitucional nos refiere a un *status* específico en el orden constitucional del Estado como cabeza jerárquicamente supraordenada a los demás tribunales que integran el "Poder Judicial". El concepto de órgano constitucional de raíz teórica germana (G. Jellinek) e italiana (Santi Romano), nos diferencia a éstos de los órganos administrativos, para jerarquizar funciones y atribuciones en una organización compleja como el Estado.<sup>17</sup> En términos sumarios los órganos constitucionales del Estado, son los órganos que reciben "directamente de la Constitución su *status* y competencias esenciales, a través de cuyo ejercicio se actualiza el orden jurídico fundamental proyectado por la misma Constitución" (García Pelayo).<sup>18</sup> En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema tiene su composición y número, órganos internos, método de generación, *status* institucional y sistema de competencias (función jurisdiccional, función de jurisdicción constitucional y función administrativa) fijadas en la Constitución estatal; por lo que se erige en un órgano constitucional.

En este contexto examinado el orden constitucional de funciones del poder estatal y siguiendo el tradicional principio estructural del Estado de Derecho de "separación de poderes" e independencia, corresponde al Poder Judicial la función o potestad jurisdiccional, en un contexto de pluralidad de "jurisdicciones". No deja de ser una paradoja que nuestra Carta Política denomine "Poder Judicial", es decir, poder del Estado, a un complejo jerárquico de órganos que tradicionalmente tuvo una jerarquía e independencia disminuida; designando las demás funciones incardinadas en órganos nominados (Gobierno, Congreso Nacional, Contraloría General de la

<sup>15</sup> Calamandrei, Piero: "La Casación Civil", (trad. S. Sentís Melendo y prólogo N. Alcalá Zamora y Castillo), 3 vol., Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, tomo II, pag. 27-118.

<sup>16</sup> Pereira Anabalón, Hugo: "Curso de Derecho Procesal", Edit. Conosur, Santaigo, 1993, Tomo I, pag. 336-369.

<sup>17</sup> En la teoría del órgano, el concepto de órgano constitucional puede explicarse a partir del tradicional *distingo* germánico inmediato y órgano mediato del Estado, formulada por Georg Jellinek en "Teoría General del Estado" (trad. F. de los Ríos), Edit. Albatros, Buenos Aires, 1970, pp. 412-427. También, constituye un aporte a la teoría del órgano la obra de Santi Romano "Fragmentos de un Diccionario Jurídico" (trad. S. Sentís M. y M. Ayerra R.), EJE, Buenos Aires, 1964, 1964, pp. 255-296.

<sup>18</sup> García Pelayo, Manuel: "El *Status* del Tribunal Constitucional" en Obras Completas, 3 vol., Edit. CEC, Madrid, 1991. Tomo III., pag. 2.898.

República). En este cuadro la cabeza jerárquica del "Poder Judicial" la Corte Suprema, emerge como un órgano constitucional multifuncional.

Lo anterior significa, que la reforma constitucional tiene para el Poder Judicial en general y para la Corte Suprema en particular un efecto virtuoso: reafirma su rol como Tribunal de Casación y con ello se acopla armónicamente con la forma política de República democrática y la forma jurídico-política de Estado de Derecho.

En cuanto al instituto de control de constitucionalidad la reforma constitucional comentada confiere al Tribunal Constitucional el monopolio del contencioso, tanto del control preventivo como represivo, tanto del control abstracto como del control concreto, sin perjuicio de ampliar considerablemente las competencias de este órgano. El Tribunal Constitucional, que aumenta el número de sus miembros a 10 participando equilibradamente en su generación la Corte Suprema, el Presidente de la República y el Congreso Nacional, es un órgano colegiado y letrado, autónomo e independiente de "toda otra autoridad o poder" que ejerce una función de Jurisdicción Constitucional (art. 92 Constitución Política de la República y art. 1º de la Ley Nº 17997 orgánica constitucional del Tribunal Constitucional). En suma el Tribunal Constitucional conserva y fortalece su carácter de órgano constitucional del Estado.<sup>19</sup>

La comentada reforma constitucional cierra el control de constitucionalidad: abstracto y concreto, preventivo y represivo, preceptivo y facultativo, estableciendo una concentración y monopolio del contencioso constitucional en el Tribunal Constitucional; poniendo fin a desviaciones jurisprudenciales y doctrinales anotadas que pretenden admitir un control difuso de constitucionalidad, que quiebra el principio de seguridad jurídica y el instituto de la casación.

El monopolio y concentración del contencioso constitucional en el Tribunal Constitucional es congruente la naturaleza de este órgano (juez constitucional), más idóneo por su *status* e integración para conocer y resolver los conflictos constitucionales. Con ello afirmamos prospectivamente habrá una "idea de Constitución", del punto de vista hermenéutico que se impondrá lentamente en la Judicatura y en los operadores del derecho. Asimismo, el control concreto de constitucionalidad instituido a través de un instituto híbrido: "inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad", sitúa potencialmente al Tribunal Constitucional en una posición de preeminencia sobre los tribunales de la nación, sea por su jurisprudencia y doctrina jurisprudencial que conlleva una decisión de inaplicación con alcance y relevancia para la gestión en que se plantea de preceptos legales (inclusive un alcance casatorio y revocatorio según el caso); sea además por que el Tribunal está llamado por esta vía indirecta a dar tutela extraordinaria a derechos fundamentales, cuando los "preceptos

<sup>19</sup> Zúñiga U., Francisco: "Elementos de Jurisdicción Constitucional", 2 vol, Edit. Universidad Central de Chile, Santiago, 2002, Vol. II pag. 64 y ss.

legales” de desarrollo de tales derechos se opongan a la parte dogmática de la Constitución.

Para concluir, el control concreto de constitucionalidad en esta sede de “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” permite que el derecho asimile la evolución de la sociedad, al admitir un control permanente y actual, que comprende también de modo indirecto la defensa permanente de los derechos fundamentales. Al mismo tiempo el control concreto permite una depuración del ordenamiento jurídico.

#### IV. INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

En el proemio de este trabajo señalábamos que un tema central de la teoría de la Constitución, que atañe a los institutos de control de constitucionalidad y de casación, es el relativo a la estructura normativa, tipo de normas y valor-eficacia normativas iusfundamentales. El abordaje de estos temas es una tarea pendiente.

Sin embargo, no podemos omitir comentar brevemente los alcances de la interpretación conforme de la Constitución y de la constitucionalización del derecho, que son precisamente consecuencias del valor y eficacia normativa iusfundamentales.

En su conocido “Handbuch” Hesse nos llama la atención acerca de la “peculiaridad” o “singularidad del Derecho Constitucional y de la Constitución” no sólo por su función (integración, organización y dirección jurídica) y objeto (orden jurídico de la comunidad política), sino por su rango, clase de reglas, condiciones de validez y su capacidad para incorporarse en la realidad social. “La Constitución no es un sistema cerrado y omnicompreensivo; no contiene una codificación, sino un conjunto de principios concretos y elementos básicos del ordenamiento jurídico de la comunidad, para el que ofrece una norma marco. En este sentido es un ordenamiento abierto. Esta apertura es siempre limitada. Pero en la medida que sea suficiente, concede –lo cual da sobre todo un sentido y contenido esenciales al ordenamiento democrático– al margen de actuación necesario para un proceso político libre, tratando de garantizarlo. Por ello la Constitución posibilita concepciones y objetivos político diferentes y su persecución. Permite, asimismo, tomar en consideración cambios técnicos, económicos y sociales, adaptarse a la evolución histórica, asegurándose con ello un requisito fundamental de su propia existencia y eficacia”.<sup>20</sup> A eso se agrega la indeterminación y amplitud de algunas normas constitucionales.

<sup>20</sup> Cita del “Handbuch” de Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde: “Manual de Derecho Constitucional” (Edición, prolegomena y traducción A. López Pina) Edit. IVAP- Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 6 y 7.

Ciertamente todo ello no puede conducir a una disolución de la Constitución, al reino de la anarquía e inseguridad, o agregamos, puro decisionismo; queda un sustrato normativo vinculante; al que se suma al sistema de garantías y sus inevitables custodios: la Jurisdicción Constitucional.

Lo anterior es consecuencia de lo obvio: el Derecho Constitucional es la juridificación de la política. Con toda razón, Pérez Royo señala que la Constitución contemporánea es “la construcción jurídica del orden político de la igualdad y la libertad” y en tal medida es fruto de un Poder Constituyente que pertenece al mundo de la política y no al mundo del derecho. “El Poder Constituyente –dice Pérez Royo– actúa en un vacío de legalidad, pero no de legitimidad”.<sup>21</sup> Lo dicho no significa de modo alguno que la Constitución renuncia a la legitimidad, es decir, a la justificación racional del poder y la obediencia con anclaje en el principio democrático.

Precisa, además, este autor, que la ley y la Constitución en cuanto normas jurídicas son completamente diferentes. “La Ley –dice Pérez Royo– existe en la forma de múltiples leyes, que son expresión de la regularidad del comportamiento de los individuos en las más diversas esferas de la vida social y que tienen una estructura material normativa caracterizada por la fijación de un presupuesto de hecho hipotético al que se anudan consecuencias jurídicas. La Constitución, por el contrario, es una norma única, que no es expresión de regularidad alguna en los comportamientos sociales y cuya estructura normativa no supone la tipificación de ninguna conducta a la que se anuden consecuencias jurídicas de ningún tipo”.

En el fondo, la Constitución tiene una estructura normativa abigarrada.<sup>22</sup> Kelsen identifica en el contenido de la Constitución en sentido formal-material las siguientes: preámbulo, que recoge las ideas políticas, morales y religiosas que la Constitución

<sup>21</sup> Pérez Royo, Javier: “Curso de Derecho Constitucional”, Edit. Marcial Pons, 6ª ed., Madrid-Barcelona, 1999, pag. 113-114.

<sup>22</sup> Sobre este particular Schneider nos recuerda “Las Constituciones están siempre caracterizadas por una estructura dinámica, programática y fragmentaria. El elevado grado de abstracción de sus formulaciones y contenidos normativos permite sólo en algunas ocasiones una aplicación inmediata del Derecho constitucional mediante una estricta subsunción silogística. Con frecuencia, la norma decisiva sólo puede formarse a partir de la concreción casuística y adecuada de los principios jurídicos generales y de los principios generales. Estas consideraciones metodológicas deben tenerse siempre en cuenta cuando se alude a la aplicación inmediata de la Constitución” (...) “El carácter abierto de la Constitución también se manifiesta en lagunas y en la imperfección del texto constitucional, concretamente cuando la Ley Fundamental no ha regulado en absoluto o sólo parcialmente algún ámbito de la vida y cuando importantes cuestiones particulares han quedado conscientemente abiertas, precisamente para que sean resueltas en una libre confrontación política, como la configuración concreta del orden económico y social (carácter estructuralmente abierto). En todos estos casos queda ya conceptualmente excluida una aplicación directa de la Constitución. Pero también indirectamente influye aquí el Derecho constitucional sólo muy limitadamente en la libre configuración política del legislador. Además, el carácter fragmentario del Derecho Constitucional queda patente con la indeterminación y amplitud interna de las normas constitucionales individuales, las cuales ofrecen con frecuencia sólo una reducida densidad regulativa, dada la variabilidad de su significado debido a forma de cláusulas generales que adoptan (carácter materialmente abierto). (...) Finalmente, en determinados ámbitos del Derecho constitucional se pueden apreciar una situación de tensión normativa, que

tiende a promover, con un carácter marcadamente ideológico; determinación del contenido de leyes futuras, que se trate de estipulaciones positivas o negativas que condicionan la producción de normas; determinación de la función administrativa y de la función judicial, es decir, normas no dirigidas al Legislador sino a la Administración y la Judicatura; la ley inconstitucional, es decir, la determinación de leyes que carecen de validez cuando infringen la Constitución; prohibiciones constitucionales dirigidas a todos los poderes del Estado y que pueden tener un alcance garantístico; declaración de derechos, que asumen el carácter de prohibiciones y mandatos dirigidos a los órganos de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y finalmente, garantías de la Constitución enderezadas a asegurar la observancia de las normas constitucionales y garantizar la constitucionalidad de las leyes.<sup>23</sup> En suma, esta estructura nos lleva a distinguir polarmente dos tipos de normas: normas de conducta y normas de organización, que poseen eficacia normativa diferenciada.<sup>24</sup>

Por otra parte, la interpretación conforme a la Constitución que es consecuencia de los principios de constitucionalidad de supremacía (formal y material), valor normativo y eficacia normativa, está dirigida a todos los operadores del derecho, detentadores y destinatarios del poder, comunidad de intérpretes abierta y plural, pero en la que el peso de los intérpretes es diferenciada. Por de pronto, el primer intérprete de la Constitución, ordinario o usual, es el Legislador o Parlamento como órgano de representación política, a través de su quehacer y legislación interpreta en clave política la Constitución. Tal interpretación del Legislador también importa el desarrollo infraconstitucional de la Constitución. El intérprete jurídico supremo de la Constitución es el Tribunal Constitucional que, quebrando el principio-dogma de la separación de poderes (a partir del dualismo del barón de Montesquieu: "pouvoir d' établir" y "pouvoir de empêcher"), tiene el privilegio de revisar la interpretación del Legislador, control de constitucionalidad anclado en las estrictas coordenadas del control jurídico y del "self restraint" como resguardo del activismo.

responde a una cierta heterogeneidad, históricamente condicionada, y falta de uniformidad de la Constitución debido precisamente a la combinación de "contraestructuras" ... pero que aumenta su flexibilidad, continuidad y efectividad en el proceso político. (carácter funcionalmente abierto). Aquí está propiamente el centro de gravedad de la eficacia indirecta de las normas constitucionales, las cuales por su propia específica estructura normativa rehuyen una aplicación inmediata. Precisamente una comprensión metodológica de su eficacia y de su validez es presupuesto previo para que pueda distinguirse suficientemente entre los distintos tipos de normas que existen en el Derecho constitucional (principios constitucionales, derechos fundamentales, reglas de organización y de procedimiento, disposiciones de competencias, determinación de objetivos estatales, y delegación legislativas" (p.73-74). De Hans Peter Schneider: "Democracia y Constitución" (varios traductores, prólogo Luis López Guerra) Edit. CEC, Madrid, 1991. También de Friedrich Müller: "Tesis acerca de la Estructura de las Normas Jurídicas", REDC Nº 27, 1989, pp. 11-126, en especial 117-118.

<sup>23</sup> Kelsen, Hans: "Teoría General del Estado" (Trad. E. García Máynez), Edit. UNAM, México DF, 3ª ed., 1969, pag.308-318.

<sup>24</sup> Adomeit, Klaus: "Introducción a la Teoría del Derecho. Lógica normativa. Teoría del método. Politología jurídica" (Trad. E. Bacigalupo), Edit. Civitas, Madrid, 1984, pag. 79-98.

La interpretación de la Constitución es distinta a la interpretación de la ley. En palabras elocuentes de Pérez Royo: "La interpretación de la ley es el reino de la igualdad. La interpretación de la Constitución es el reino del monopolio"(pag. 133). La interpretación de la Constitución hace que ésta opere como un límite de la interpretación del Legislador y de los demás operadores del derecho. La Constitución opera como un límite porque es la fuente del reparto de poderes del Estado y fija la línea divisoria entre Estado y sociedad civil-economía (personas y cuerpos intermedios) y porque es un pacto político contramayoritario, que morigera el principio democrático y la regla de mayoría.

Además, la interpretación de la Constitución está presidida por reglas hermenéuticas que tienen un sello finalista y sistémico, sin perjuicio de utilizar en términos auxiliares y usuales las reglas de Savigny, recepcionadas en los artículos 19 y siguientes de nuestro Código Civil. La interpretación de la Constitución está dominada por un "método tópico" en que confluyen tres circunstancias: estructura normativa peculiar de la Constitución, remisión en general al Legislador para la creación de derecho y la existencia de límites a tal creación de derecho. Este "método tópico" permite establecer un punto de equilibrio entre la libertad de configuración del Legislador y posibilidad de control por el Tribunal Constitucional. Se trata de un método en que interaccionan política y derecho y del cual derivan ciertas reglas de interpretación conocidas por todos: principio de unidad de la Constitución, principio de concordancia práctica, principio de corrección funcional, principio de la función integradora, y principio de la fuerza normativa de la Constitución.<sup>25</sup>

En suma, la interpretación de la Constitución es la interpretación de los límites que éste impone, en particular al Legislador, que es el intérprete ordinario o usual de la Constitución misma.<sup>26</sup> Al mismo tiempo la interpretación conforme a la

<sup>25</sup> En palabras de Pérez Royo estos principios son: "1º. Principio de unidad de la Constitución: Como ya se ha visto, es algo que el Tribunal Constitucional ha resaltado de manera expresa. La interpretación tiene que estar orientada siempre a preservar la unidad de la Constitución como punto de partida de todo el ordenamiento jurídico; 2º. Principio de concordancia práctica: Con este principio se pretende "optimizar" la interpretación de las normas constitucionales entre las que pueda darse una relación de tensión en la práctica. Por ejemplo, en las relaciones entre el derecho y el honor y la intimidad y la libertad de información, o entre los principio de libertad y seguridad. Hay que interpretar la Constitución de tal manera que no se produzca el "sacrificio" de una norma valor constitucional en aras de otra norma o valor. La tarea de "ponderación" de valores o bienes constitucionalmente protegidos es impertantísima en la interpretación constitucional; 3º. Principio de corrección funcional: Se trata con él de no desvirtuar la distribución de funciones y el equilibrio entre los poderes del Estado diseñado por la Constitución y el legislador; 4º. Principio de la función integradora: La Constitución debe ser un instrumento de "agregación" y no de "desagregación" política de la comunidad. Es algo que no se puede perder de vista en la interpretación de la misma ante cualquier conflicto; 5º. Principio de la fuerza normativa de la Constitución: Aunque la interpretación de la Constitución pueda ser muy flexible, la Constitución es norma jurídica y no puede acabar perdiendo por la vía de la interpretación su fuerza normativa. La Constitución es fundamentalmente límite, pero tiene que continuar siéndolo" Ob. cit., pag.144.

<sup>26</sup> Pérez Royo, J.: Ob. Cit., pag. 132-145. También, nuestra monografía de colaboración al libro colectivo: "Interpretación, Integración y Razonamientos Jurídicos", Edit. Jurídica, Santiago, 1992.

Constitución es una directriz o imperativo de los operadores del mundo del derecho a darle a la Constitución todo el valor normativo y eficacia normativa compatibles con su estructura normativa, tipo de normas y eficacia normativa misma. Ello tiene especial importancia según lo decíamos en el derecho subjetivo de la Constitución, en el plexo de derechos fundamentales, que tienen principios caracterizadores que favorecen su pleno imperio, en especial de derechos civiles y políticos. Luego la interpretación conforme a la Constitución pasada por este tamiz, adquiere su exacta potencialidad; de suerte que los operadores del derecho en general y la Judicatura en especial al aplicar las reglas de interpretación, integración y razonamiento jurídico podrán dar aplicación preferente a fuentes formales infraconstitucionales que guarden armonía con la Constitución.

Por último, la interpretación conforme de la Constitución produce como efecto la constitucionalización del derecho, en particular del Derecho Privado que en el derecho europeo continental plantea la conocida doctrina de la "Dritwirkung der Grundrechte" o eficacia frente a terceros de derechos fundamentales.<sup>27</sup> No deja de llamar la atención que el propio Hesse plantee las limitaciones de la constitucionalización del derecho en particular frente a la escasez de principios, la amplitud e indeterminación de éstos y tratándose de derechos fundamentales frente a la "peculiaridad de la constelación" de derechos que puede entrar en colisión o conflictos incluso en su legislación de desarrollo.

En efecto la autonomía de la voluntad, libertad de contratos, protección del patrimonio, la herencia y los derechos de la personalidad torales en el Derecho Privado encuentran reconocimiento en la Constitución, en especial mediante técnicas como los derechos y las garantías. Tales principios torales son herencia de la libertad burguesa y de la Codificación, pero que en la legislación de hoy pueden tener contenidos distintos y la Constitución está abierta a tales contenidos precisamente por la ambigüedad, polivalencia, indeterminación y apertura de las normas de conducta de la parte dogmática. Los derechos fundamentales reconocen derechos subjetivos públicos de las personas y principios objetivos básicos para el ordenamiento constitucional democrático y del Estado de Derecho, fundamentos del Estado constituido a través de dichos derechos y de su ordenamiento jurídico (Hesse, Stern). Este doble carácter o dualidad funcional tiene diferentes niveles de significación, concreción y eficacia normativa.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Hesse, Konrad: "Derecho Constitucional y Derecho Privado" (traducción e introducción I. Gutiérrez), Edit. Civitas, Madrid, 1995. Del mismo autor "Escritos de Derecho Constitucional" (introducción y traducción de Pedro Cruz Villalón) Edit. CEC, Madrid, 1983, en especial sobre "fuerza normativa de la Constitución", pp. 61-84.

<sup>28</sup> Hesse, K.: "Manual de Derecho Constitucional", ob. cit. pag. 90 y siguientes. Idem Klaus Stern: "El Sistema de los Derechos Fundamentales en la República Federal de Alemania" Revista del CEC N°1, Madrid, 1988, pp. 261-277.

Ello conlleva necesariamente merced el principio de legalidad (reserva de ley) un desarrollo legislativo de los derechos, que importa la protección infraconstitucional de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, y la sumisión del Legislador a una amorfa pero muy importante garantía de contenido esencial (art. 19 N° 26 C.P.R.).

Como lo hemos expresado la constitucionalización del Derecho en general y del Derecho Privado en particular, se ha producido en nuestro país merced los derechos fundamentales y sus principios que conllevan un pleno imperio. Sin embargo, los derechos y garantías no poseen una estructura lógico-conceptual uniforme sobre titularidad, condiciones de ejercicio, contenido y exigibilidad (derechos civiles, de titularidad individual y de contenido de negación; derechos políticos, de titularidad individual y de contenido de participación; y derechos sociales, de titularidad individual-colectiva, de contenido prestacional), por lo que la eficacia normativa del derecho subjetivo de la Constitución difiere profundamente.

Por otra parte la validez de los derechos y garantías, es decir, su densidad normativa de regulación y de control, depende no sólo de la "literalidad de la Constitución, sino también de en qué ámbito del Estado van a ser concretizados y actualizados" (H.P.Schneider). Además, el carácter abierto de las normas iusfundamentales de conducta (sobre derechos y garantías) tienen directa relación con el margen de libre apreciación del Legislador, con motivo del desarrollo de los derechos fundamentales; lo que confiere especial valor a la garantía de contenido esencial de los derechos del N°26 del artículo 19 C.P.R. Lo propio ocurre con la densidad normativa, que conlleva la delimitación, y determinación de límites (materiales y formales, implícitos y explícitos), que llaman al Legislador a su desarrollo.

Junto a lo dicho sobre la constitucionalización del derecho gracias a los derechos fundamentales en las relaciones entre privados, y su alcance limitado en lo concerniente a su pleno imperio a los derechos civiles; es menester precisar que las normas iusfundamentales sobre derechos y garantías también admiten una taxonomía propia, que Peces Barba agrupa en cuatro conjunto de normas: las normas que regulan la producción de derechos, las normas que establecen poderes para acceder a la titularidad de un derecho, las normas que fijan los contenidos de los derechos y los comportamientos que se pueden realizar en base a esos contenidos, y las normas que regulan desde diversos puntos de vista las garantías de los derechos.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> Peces Barba Martínez, Gregorio: "Lecciones de Derechos Fundamentales" (colaboración de Rafael de Asís Roig y M. C. Barranco Avilés), Edit. Dykinson, Madrid, 2004 pp. 251-258.

## V. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, se hace imprescindible llamar la atención acerca de la posición teórico-metódica que hemos denominado "fetichismo constitucional", que aqueja usualmente a parte importante de la doctrina y que lleva en definitiva, a asumir acríticamente visiones "principalistas" o neoiusnaturalistas de la Constitución, transformada ésta en un demiurgo normativo, a partir del cual los jueces son los llamados a hacer efectivo los principios de constitucionalidad, aún sacrificando el imperio de la ley.

En el fondo, el "fetichismo constitucional" se asemeja a aquella actitud de los canonistas de todo tiempo, que sostienen que para conocer plenamente el derecho es preciso creer en él y por la sencilla razón de que el orden jurídico es trasunto de un derecho superior, es decir, un "sucedáneo de la verdadera moralidad". El sostenimiento de un orden material de valores, objetivo y trascendente, no es sino, el recurso al viejo arsenal de la doctrina del Derecho Natural, que prematuramente habíamos condenado al basurero de la historia; pero que posee la vitalidad de las ideologías y cosmovisiones absolutistas. En particular el "principalismo" no es sino una variante de la vieja doctrina del Derecho Natural vestida con aires de respetabilidad racional. Bien observa Prieto Sanchís: "la teoría de los principios no representa así un llamamiento a la responsabilidad moral y política del intérprete, sino el bálsamo de su carencia".<sup>30</sup>

Además, este "fetichismo constitucional" pretende transformar al Tribunal Constitucional y a la Judicatura en los guardianes de la Constitución, como si fueren teólogos-santos que obrasen desprovistos de toda ideología como los centinelas de una pieza sagrada. Tales custodios o guardianes (aristocracia togada), por encima del principio democrático, bajo el pretexto de la fuerza normativa de la Constitución pueden destruir la ley.

Finalmente, el "fetichismo constitucional" sustituye el viejo principio de la soberanía popular total en la democracia contemporánea, por la soberanía de la Constitución, como en la Europa de la post Santa Alianza predicaron los liberales doctrinarios, para conjurar los peligros de la democracia y hacer posible un compromiso de la burguesía con las clases tradicionales del desaparecido antiguo régimen. En la segunda post guerra la soberanía de la Constitución, no es sino la mistificación de las instituciones contramayoritarias, una nueva deidad (ideología) frente al principio democrático y la regla de mayoría, que encuentra fácilmente adoradores togados dispuestos a sacrificar el poder del pueblo en aras de un "derecho superior" o de la pureza del "cielo de los conceptos".<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Prieto Sanchís, Luis: "Constitucionalismo y positivismo", Edit. Fontanamar, México DF, 2ª ed., 1999, pag. 95.

<sup>31</sup> Sobre la "soberanía de la Constitución" se pueden establecer dos lecturas una directa y otra indirecta. Una lectura

Probablemente hemos cargado las tintas, en las consecuencias que el "fetichismo constitucional" tiene, pero al cargar las tintas sólo queremos llamar la atención acerca de dos peligros que tiene en cuanto actitud teórico-metodológica e ideología: sustituir el Estado de Derecho por el Estado Judicial y el Estado Democrático por el Estado Constitucional.

Se requiere una actitud teórico-metodológica crítica, que puedo resumir en palabras de Laband: "...la Constitución no es un poder místico (*"puissance mystique"*) que planea por encima del Estado, sino que, como cualquier otra ley, es un acto de voluntad sometido a continuación a los cambios de esta", y en palabras de Kelsen la Constitución es un "compromiso" con raíces sociales y políticas, que pone a salvo a la Carta de cualquier mayoría parlamentaria protegiendo a las minorías, y en especial los derechos fundamentales, generándose una oposición entre constitucionalismo y principio democrático.<sup>32</sup>

La Constitución carece de santidad o carácter sagrado, es más bien terrena y obra histórico-política, cargada de ambigüedades y "compromisos apócrifos", en suma juridificación de la política. El "fetichismo constitucional" le rinde culto a nuestra Constitución, en origen otorgada y autoritaria, no fraguada por un pacto político, sino en la usina de un régimen autoritario.

A nuestro juicio la teoría constitucional requiere de un sólido anclaje teórico metodológico en el positivismo normativista, con una lectura crítica y no aséptica o

directa e ingenua acerca de sus alcances en Alexander D. Lindsay: "El Estado Democrático moderno" (trad. V. Herrero), FCE, México DF, 1945, pp. 318-328, quien señala: "La Constitución conserva la unidad, indivisibilidad y supremacía que la teoría ha sostenido siempre como características de la esencia de la soberanía" (p.323). Una lectura indirecta que repulsa del soberano en Martín Kriele: "Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos Históricos de la Legitimidad del Estado Constitucional Democrático" (trad. E. Bulygin) Edic. Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 149-157, quien señala: "En resumen, en el Estado constitucional no hay soberano: se trata, en cambio -histórica y conceptualmente-, de la división de la soberanía estatal entre la totalidad de los órganos del Estado y del derecho público" (p.157). Para Kriele, el Estado como "totalidad de los órganos estatales y del derecho estatal" ha de ser soberano; fijando la Constitución un condicionamiento mutuo entre derechos fundamentales y democracia. También en cierta medida admite la soberanía de la Constitución a Carl J. Friedrich: "La Filosofía del Derecho" (Trad. M. Álvarez E) FCE, México DF, 1ª ed. Español aumentada 1964, 4ª reimpresión 1988, pp. 310-320. Finalmente, la apoteosis del dogma de la soberanía de la Constitución en Gustavo Zagrebelsky "El Derecho Dúctil. Ley, derecho, justicia" (trad. M. Gascón y epílogo G. Peces-Barba), Edit. Trotta, Madrid, 1995.

<sup>32</sup> Laband, Paul: "Le Droit Public de L'Empire Allemand" (traducida del alemán por C. Gandilhon y otros y revisada por el autor) Edit. V. Giard et E. Brière, en 6 volúmenes de 1900-1904, en especial la cita de tomo II de 1901 pag. 314-315. Es menester observar, para matizar la rotundidad antimetálica de Laband, que el jurista del Imperio guillermino trabaja con un concepto anacrónico de Constitución propio del siglo XIX y al cual subyace el predominio del principio monárquico, que lo lleva a precisar que la sumisión de la ley a la Carta es un postulado de "política legislativa" pero no un principio jurídico, y que por ende es un principio deseable en un orden estatal. También, Hans Kelsen: "Teoría General del Estado" ob. cit., pag. 330-331 y en "Esencia y Valor de la Democracia" (trad. R. Luengo y L. Legaz, prólogo de Ignacio de Otto y estudio de P. Römer), Edit. Labor, Barcelona, 2ª edición, 1977, pag. 81-83. El jurista vienés se anticipa brillantemente a los planteamientos contemporáneos que admiten que la Jurisdicción Constitucional quiebra el principio-dogma de la separación de poderes para salvarlo, y que al mismo tiempo es una "institución contramayoritaria" alojada, al parecer necesariamente, en el Estado democrático.

neutra sino con un horizonte de relativismo axiológico, que asuma la defensa del Estado y de la sociedad edificadas en base al principio democrático, la tolerancia y el pluralismo.<sup>33</sup>

Luego, los recíprocos monopolios del contencioso constitucional y del contencioso civil-penal, referidos al Tribunal Constitucional y la Corte Suprema y Poder Judicial, y que han sido reforzados por la reforma constitucional, encuentra en los institutos del control de constitucionalidad y de casación efectos virtuosos para la forma política del Estado de República democrática y la forma jurídico política de Estado de Derecho en cuanto decisiones básicas de la Constitución.

Asimismo, un concepto normativo de Constitución debe dar cuenta de estructura normativa, tipo de normas y eficacia normativa iusfundamental. No puede importar, como ocurre con el "fetichismo constitucional" transformar al instituto de la casación o a la interpretación conforme a la Constitución en herramientas para quebrar el imperio de la ley, bajo la forma de sustituir el Estado de Derecho por el Estado Constitucional o Estado de Justicia.

Por último, de la relación Constitución-ley no hay duda que la Constitución es norma normorum y fuente primaria, pero la ley sigue siendo la fuente directa, ordinaria y principal del derecho y está revestida de la legitimidad democrática necesaria para dar cuenta de las decisiones políticas fruto de la deliberación pluralista y de la idoneidad para el desarrollo de derechos fundamentales y de la Constitución misma. Los principios de constitucionalidad deben ser entendidos como un enriquecimiento y no como una sustitución del principio de legalidad. La ley no es el único instrumento de ordenación social, pero es "insustituible", porque sigue siendo expresión del principio democrático, en una realidad de Estado de partidos, de suerte que, el imperio de la ley en particular para los jueces conlleva en la aplicación, la necesidad de una "interpretación uniforme para todo el pueblo" y objetiva por imperativo del principio de igualdad. En palabras de García de Enterría: "El juez no es, como ya sabemos, un órgano ciego y automático de aplicación de las leyes, pero tampoco puede ser el señor del derecho en una sociedad libre e igualitaria. De nuevo el papel de la ley se revela central e insustituible en la sociedad democrática, por más que haya de convivir con la preeminencia de la Constitución y con el papel, no ya neutro sino activo, del juez, pero siempre vocado al servicio de la Constitución y la ley y de sus valores propios. Al sistema jurídico no le interesan nada las opiniones personales de quienes actúan como jueces, sino sólo su capacidad para expresar las normas que la sociedad se ha dado a sí misma y para hacerlas llegar a su efectividad última, lo que impone operar necesariamente con sus principios, depurando y afinando su alcance".<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Hoester, Norbert: "En defensa del positivismo jurídico", (Trad. J.M. Peña), Edit. Gedisa, Barcelona, 1992, en especial pag. 9-27. También, Elías Díaz: "De la maldad estatal y la soberanía popular", Editorial Debate, Madrid, 1984, en particular pag. 127-146.

Cabe, además hacer otro alcance, la reforma constitucional al instituir un monopolio del control de constitucionalidad de la ley concentrado en una Judicatura, hace del Tribunal Constitucional el "supremo intérprete" jurídico de la Constitución, pero no el único, ya que la democracia pluralista exige de una comunidad "abierta" de intérpretes de la Carta (Häberle); de suerte que todos los operadores del derecho están llamados a la interpretación conforme con la Constitución y a conferirle a ésta todas sus potencialidades normativas (García de Enterría) compatibles con la estructura de las normas iusfundamentales, su eficacia y tipo, y a buen recaudo de la "tiranía de los valores" que pretenden los intérpretes, en especial togados, a partir de posiciones "principalistas" o neoiusnaturalistas.<sup>35</sup>

En cuanto a la legislación, el monopolio del control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, en términos prospectivos debe favorecer la consolidación de una "política de constitucionalidad" en que la constitucionalidad de leyes, como nos dice Jiménez Campo "no es algo que se argumente y valore sólo en vía jurisdiccional, sino referencia de continuo los debates partidarios, en la acción legislativa y en la discusión política sobre la procedencia de acudir o no al cauce jurisdiccional, o de mantenerse en él, para dirimir controversias sobre la validez de una disposición legal".<sup>36</sup> La "política de la constitucionalidad" nos demuestra como fenómeno que la conformidad de las leyes a la Constitución es una "responsabilidad de todos" y en

<sup>34</sup> Aragón Reyes, Manuel: "El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad", en recopilación "Estudios de Derecho Constitucional" Edit. CEPC, Madrid, 1998, pag 163-190. También la impresionante lección doctoral en la Universidad de Oviedo de Eduardo García de Enterría: "La Democracia y el lugar de la Ley" Revista Española de Derecho Administrativo, Nº92, Madrid, 1996, pag. 609-622. Además es útil la lectura de Marina Gascón Abellán: "La Justicia Constitucional: entre Legislación y Jurisdicción" Revista Española de Derecho Constitucional Nº 41, 1994, pags. 63-87.

<sup>35</sup> Un buen ejemplo de esta propuesta judicialista o togada en Otto Bachof: "Jueces y Constitución" (Trad. R. Bercovitz R. y prólogo T-R. Fernández) Edit. Civitas, 1ª ed. 1975, reimpresión 1987, Madrid, 1987. Ante tal judicialismo, el "judicial self-restraint" o autolimitación de los jueces no es una renuncia voluntaria marcada por la prudencia, "sino la consecuencia metódica de la apertura estructural, funcional y material del Derecho Constitucional" (...) "La autolimitación judicial no es, pues, una suerte de componente subjetivo y extraño añadido a la esencia de la Constitución, sino algo requerido por razón de la específica estructura normativa de la Constitución" (...) "En este sentido es la inconclusión de la Constitución entendida como neutralidad y no - identificación con objetivos y convicciones políticos o económicos determinados, simultáneamente, expresión de los límites de ordenación constitucional y condición de un proceso político libre y abierto" (...) "Estos límites del Derecho constitucional fuerza en el enjuiciamiento de las leyes al juez a operar con criterios abiertos de control" (p.75). En colaboración de Hans Peter Schneider al libro colectivo dirigido por Antonio López Pina: "División de Poderes e Interpretación. Hacia una Teoría de la Praxis Constitucional" Edit. Tecnos, Madrid, 1987.

<sup>36</sup> Jiménez Campo, Javier: "Política de la Constitucionalidad" (Una reflexión ante los nuevos modos de impugnar la ley) Revista Española de Derecho Constitucional Nº 59, 2000, pags 11- 27, en especial pag. 13. También un libro de cita obligada, acerca del valor normativo de la Constitución y de la interpretación conforme, de Eduardo García de Enterría: "La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional" Edit. Civitas, 3ª edic. Madrid 1985, en especial pags. 63-94 y 95-103. Además, acerca de las posibilidades de la interpretación en las democracias pluralistas, la recopilación de artículos de Peter Häberle: "Retos Actuales del Estado Constitucional" (trad. X. Arzo), IVAP, Oñate, 1996.

particular de los órganos legislativos (Congreso Nacional-Gobierno), lo que replantea la necesidad de aplicar cánones o reglas (reglas de adecuación, coherencia, proporcionalidad, claridad y determinación) a la producción de normas compatibles con la racionalidad legislativa liberal burguesa y social.

Sin embargo, a tener siempre presente, aún a riesgo de ser tildado de jacobinismo, debe considerarse que la teoría y praxis de la democracia pluralista no puede sustituir la soberanía popular por la vieja construcción ideológica del liberalismo doctrinario: la soberanía de la Constitución, por lo que el Tribunal Constitucional posee una legitimidad que es sólo instrumental a su función, y por ende, descansa en la fuerza persuasiva de los argumentos de sus decisiones; y de su inserción compleja en el edificio estatal para salvar el viejo principio-dogma de la separación de poderes.

## 2. "BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD: UNA VISION CRÍTICA" ("")

### I. LA DOCTRINA DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

La doctrina del bloque de constitucionalidad viene a poner a prueba el método comparatista, ya que nos plantea el desafío de analizar la noción de bloque o "normas interpuestas" entre la Constitución y la ley, y que sirven de sujeto o parámetro del control de constitucionalidad, noción que tiene un contexto histórico político-institucional preciso, y por tanto nos plantea el viejo tema del comparatismo, comprender en la micro-macro comparación las dimensiones del derecho en los textos y del derecho en acción.

Si entendemos el Derecho Comparado como "la comparación del espíritu o estilo de diferentes sistemas jurídicos, o de instituciones jurídicas comparables, o de soluciones otorgadas a problemas legales comparables en diferentes sistemas jurídicos", como lo conciben los comparatistas germanos Konrad Zweigert y Hein Kötz<sup>37</sup> podemos concluir que aquél es de gran utilidad para la unificación sistemática del derecho y es un valioso instrumento para la interpretación de textos y normas jurídicas. En el mismo orden de ideas el viejo maestro René David nos recuerda que el Derecho Comparado tiene por misiones el perfeccionamiento de las leyes y la unificación del derecho, a lo que se une el método comparatista como un instrumento "...indispensable

<sup>37</sup> Francisco Zúñiga Urbina, profesor de Derecho Constitucional.

<sup>38</sup> Ponencia a XXXV Jornadas de Derecho Público, Comisión de Derecho Constitucional, Universidad de Valparaíso, 2005.

<sup>39</sup> "An Introduction to Comparative Law", (trad. Del alemán al inglés de T. Weir), Oxford, X Ed. North Holland, 1977, vol. I, p.4.

para llevar a cabo la renovación de nuestra ciencia jurídica; debe servirnos para conocer mejor, comprender y profundizar en nuestro propio derecho".<sup>38</sup>

Precisamente la doctrina del bloque de constitucionalidad que es nuestro tema en esta ocasión, es en la "familia" o sistema románico-germánico una construcción del Derecho Constitucional que se ha implantado en diversas latitudes gracias, en buena medida, al comparatismo, lo que demuestra lo inútil y descaminado que es la repulsa en sí mismo por los "injertos extranjerizantes" o las "copias silvestres". Para el comparatismo el "nacionalismo jurídico" es provincianismo, inconciliable con el auténtico espíritu científico y representa un empobrecimiento y un peligro para el desarrollo y aplicación del derecho nacional.

La doctrina del bloque de constitucionalidad representa un caso exitoso de "trasplante jurídico" de una institución entre países cuyos sistemas jurídicos pertenecen a la "familia" o sistema romano-germánica. Aquella se origina en Francia, y luego ha sido recogida en otros países europeos como España e Italia. De allí ha pasado a América Latina, en particular a Costa Rica, Panamá, Perú y Colombia, entre otros países. Por ello resulta interesante estudiar su formulación en el Derecho Comparado, lo cual facilitará su comprensión y adecuación científica en nuestro sistema jurídico, dando cuenta del tertium comparationis y de los límites del "trasplante".<sup>39</sup>

En suma, el bloque de constitucionalidad alude a un plexo de normas que contiene "disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental".<sup>40</sup> En el fondo la doctrina del bloque de constitucionalidad nos reconduce al vieja distinción entre Constitución formal y material y a la determinación del sujeto o parámetro de control de constitucionalidad de la ley o de los actos estatales que deben utilizar los tribunales en el sistema de Jurisdicción Constitucional. En cuanto al sujeto o parámetro del control de constitucionalidad éste nos remite a un cuerpo de normas iusfundamentales empleada como extremo en el juicio de legitimidad constitucional.

En otro lugar hemos dicho que "la determinación del parámetro de control es una operación compleja no sólo por estructura de fuentes, sino por el tipo de normas

<sup>38</sup> René David, "Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos (Derecho Comparado)" (traducción de la 2ª edición francesa P. Bravo Gala) Edit. Aguilar, Madrid, 1969, págs 7-9.

<sup>39</sup> Leontin- Jean Constantinesco: "Tratado de Derecho Comparado" 3 vol., en especial vol. II, (trad. E. Aimone G.) Edic. Universitarias de Valparaíso, UCV, 1987.

<sup>40</sup> Olano García, Hernán Alejandro: "El Bloque de Constitucionalidad en Colombia", en Estudios Constitucionales, Nº1 año 3, Santiago, 2005., pag. 231-242. En el caso de Perú el art. 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone: "...al apreciar la constitucionalidad o no de las normas objeto del control (el tribunal) debe tomar en consideración también las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado". Consultar de Edgar Carpio Marcos: "Normas Interpuestas en la Acción de Inconstitucionalidad del caso Peruano", en Memoria de VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, 9 volúmenes, Editado por Instituto de Investigaciones Jurídicas y otras Universidades, México D.F., 2002, volumen: "Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional", págs. 101-115.

concernidas en el control (forma-materia). En términos iniciales la Constitución en sentido formal es el parámetro de control, Cartá usualmente protegida por un procedimiento diverso y agravado del legislativo (rigidez). Parte de la complejidad que tiene determinar este parámetro de control está recogida en la doctrina del bloque de constitucionalidad.<sup>41</sup> Un botón de muestra de la complejidad en la determinación del sujeto o parámetro de constitucionalidad, está en el reconocimiento limitado que Kelsen hace de la inconstitucionalidad "indirecta", que puede producirse cuando la ley infringe un tratado internacional o una regla de Derecho Internacional general, que de suyo es resistente frente a las fuentes de derecho interno.<sup>42</sup>

En suma, nuestro planteamiento es que la doctrina del bloque de constitucionalidad no admite "trasplante" en nuestro país, primero por no haber condicionantes en el ordenamiento jurídico que lo hagan posible y segundo por no existir remisión normativa en la Constitución que lo autorice. Más aún, a nuestro juicio, la incorporación al sujeto o parámetro del control de constitucionalidad de un derecho constitucional material, encierra graves peligros para la democracia constitucional.

## II. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN FRANCIA

La doctrina del bloque de constitucionalidad surge en Francia al inicio de la década del 70 y es recogida en España a comienzos de la década de los 80, y por ende, las nociones gala e hispánica del bloque de constitucionalidad tienen diferencias y una evolución propia; lo que amerita una breve referencia a éstas, agregando el caso italiano.

Esta doctrina surge en Europa, en la que su tradición constitucional, esta conectada a un arraigado "legiscentrismo", el que es superado en parte en la segunda post guerra. De este modo en Europa se observa una "revalorización" de los contenidos materiales de la Constitución (Grewé- Ruiz Fabri), que se expresa en la diversificación de técnicas como preámbulos, objetivos y directivas constitucionales, superando la vieja noción de un derecho constitucional formal concerniente al estatuto del poder; abriéndose al reconocimiento de valores, principios y derechos, es decir, a un derecho constitucional material.<sup>43</sup> En efecto, el constitucionalismo contemporáneo europeo se inclina por un concepto amplio de Constitución como texto o parámetro del control de constitucionalidad "...no sólo se compone del conjunto de reglas de organización de los poderes públicos, de reparto de

<sup>41</sup> Zúñiga Urbina, F.: "Elementos de Jurisdicción Constitucional", Edit. Universidad Central Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2 Vols., Santiago, 2002; vol I pag. 58 y ss.

<sup>42</sup> Kelsen, Hans: "La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)" en recopilación "Escritos sobre la Democracia y el Socialismo", (Selección y presentación Juan Ruiz Manero) Edit. Debate, Madrid, 1988, pags. 139-143.

<sup>43</sup> Grewé, Constance y Ruiz Fabri, Hélène: "Droits Constitutionnels européens" PUF, 1ª ed., París, 1995 pag. 41-45.

competencias entre los órganos del Estado y entre estos últimos y los órganos descentralizados, y de los procedimientos de elaboración de normas; sino también, de los principios, derechos y libertades enunciados en el propio texto de la ley fundamental, en su Preámbulo o, como en Francia, en textos antiguos –las declaraciones de 1789 y 1946– a las que la Constitución hace referencia. Ésta última parte, dice Rousseau, del conjunto constitucional es, en lo que respecta al control, la más productiva, ya que permiten garantizar la protección de derechos verificando que el contenido de la ley lo respeta, al tiempo que estar formulado los principios, derechos y libertades de manera general, corresponde a los jueces constitucionales interpretarlos, determinar su sentido e incluso deducir la existencia de nuevos principios, derechos y libertades".<sup>44</sup>

La doctrina del bloque de constitucionalidad se deriva de la mejor elaboración de la doctrina francesa en el Derecho Público. Han sido los juristas quienes primero la han esbozado y luego la ha recogido el Consejo Constitucional a partir de una decisión de 16 de julio de 1971 (Liberté d'association, GD N°14), que ha sido calificada por el decano Georges Vedel como una decisión "fundadora"<sup>45</sup>, al dar pleno vigor al Preámbulo de la Constitución, en cuanto al nuevo giro que ha tomado la Justicia Constitucional en ese país. La doctrina del bloque de constitucionalidad surge en el contexto de la afirmación de los principios de constitucionalidad identificándose como hitos las decisiones del Consejo Constitucional siguientes: de 16 de enero de 1982 (Nationalisation I, G.D. N°31), de 25 de febrero de 1982 (Decentralisation, G.D. N°32), y de 8 de agosto de 1985 (Nouvelle-Caledonie, G.D. N°38).<sup>46</sup>

En el Derecho Público francés se hace alusión, siguiendo a Maurice Hauriou, al "bloque legal" (*bloc de legalité*), noción que permitía designar las leyes y principios generales del derecho que podía aplicar el Consejo de Estado para controlar las actividades de la Administración Pública.<sup>47</sup> A partir de esa denominación ha nacido y se ha desarrollado la noción de bloque de constitucionalidad, sin duda, como dice el recientemente desaparecido maestro francés Louis Favoreu, porque parece adecuada para designar el conjunto de los principios y reglas de valor constitucional.

El decano tolosano Maurice Hauriou, en algunos pasajes de su obra que son un claro antecedente de esta doctrina, afirmaba<sup>48</sup> que la Constitución incluía "reglas de legalidad contenidas en leyes orgánicas y prácticas y costumbres constitucionales" y

<sup>44</sup> Rousseau, Dominique: "La Justicia Constitucional en Europa", (trad. I. Ortiz P. y estudio de Teresa Freixes San Juan) Edit. CEPC, Madrid, 2002, pag. 67.

<sup>45</sup> Vedel, Georges y Delvolvé, Pierre, "Droit Administratif", 11a. ed., París, 1990, vol. I, p.60.; Idem de Jean Rivero y Jean Waline: "Droit Administratif", E. Dalloz, 14ª cd., France, 1992, pags. 45-46.

<sup>46</sup> Favoreu, Louis (coordinador) y otros: "Droit Constitutionnel", Edit. Dalloz, 4ª ed., París, 2001, pags. 115-124.

<sup>47</sup> Favoreu, Louis, "El Bloque de Constitucionalidad", Revista del Centro de Estudios Constitucionales N°5, Madrid, enero-marzo de 1990, pp.45-68.

<sup>48</sup> "Principios de Derecho Público y Constitucional", (trad. de Carlos Ruiz del Castillo), Editorial Reus, 2ª edición, Madrid, 1927. p.296. Hauriou nos dice "La Constitución de un Estado es el conjunto de reglas relativas al

agregaba que si bien los principios de las libertades públicas contenidos en declaraciones de derechos, “no constan en la Constitución escrita...forman parte de la superlegalidad constitucional porque constituyen un elemento de la legitimidad constitucional que está por encima de la misma Constitución escrita”.<sup>49</sup> Postula Hauriou que los principios de igualdad ante la ley, la publicidad del impuesto y la separación de poderes debían incluirse en “la legitimidad constitucional”, y finalizaba diciendo: “es un nuevo camino que explorar”.

En Francia, pues, la noción no es de origen jurisprudencial, a diferencia de lo que ocurre en España, sino que es de origen doctrinal y la utilizan juristas de la talla de L. Favoreu y G. Vedel. El Consejo Constitucional francés se refiere generalmente a “los principios y reglas de valor constitucional” (“principes et règles de valeur constitutionnelle”) para designar lo que en la doctrina francesa y en las jurisprudencias española y latinoamericana se designa como “bloque de constitucionalidad”.

El contenido del bloque de constitucionalidad en Francia, según nos indica Favoreu, es en la actualidad, a rasgos generales, el siguiente:

1. Las disposiciones de la Constitución de la V República, de 1958. Éste es el componente principal del bloque y en estas disposiciones se basan cerca del 60% de las decisiones de inconstitucionalidad emitidas por el Consejo Constitucional en el periodo 1959-1987, según observa Favoreu.<sup>50</sup>
2. Las disposiciones de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Entre los años 1973 y 1989 se produjeron cincuenta y ocho sentencias del Consejo Constitucional aplicando la Declaración. El conjunto de normas de la Declaración (artículos 1-17) es aplicable. Con todo, cabe hacer notar que en un primer momento algunos autores sostuvieron que tenían valor de derecho positivo sólo algunas disposiciones de la Declaración

gobierno y a la vida de la comunidad estatal consideradas desde el punto de vista de la existencia fundamental de ésta” (pag. 295-296). Las constituciones escritas y rígidas vacían en ellas la superlegalidad, pero no la agotan para Hauriou, ya que éste identifica “reglas de legalidad” en leyes orgánicas y costumbre constitucional. Agrega sobre el exorbitado concepto de superlegalidad el decano tolosano con franqueza: “Una de las ventajas del vocablo superlegalidad constitucional, que hemos adoptado, consiste en que nos permite libertarnos del concepto de Constitución escrita, en lo que tienen de excesivamente rígido. Sería un error creer que la superlegalidad constitucional no se refiere más que a lo que consta en la Constitución, comprende también todos los principios fundamentales del régimen; es decir, los principios individualistas –que son la base del Estado– y los principios políticos –que son la base del gobierno–. Estos principios integran una especie de legitimidad constitucional, colocada por encima de la Constitución escrita” (pag. 325). Sobre el concepto “bloc legal des lois et réglemens” consultar la clásica obra de Maurice Hauriou: “Précis de Droit Administratif et Droit Public”, 11<sup>e</sup> édition, R. Sirey, Paris, 1927, pags. 472-473.

<sup>49</sup> Ob. cit., p. 327 Hauriou se refería a la Constitución francesa de 1875 que no contenía referida alguna a la Declaración de Derechos de 1789, a diferencia de la Constitución de 1882.

<sup>50</sup> “El Bloque de Constitucionalidad”, ob. cit. p. 50 Idem de L. Favoreu “Precis...”. También muy útil el libro de José Pardo Falcón: “El Consejo Constitucional Francés. La Jurisdicción Constitucional en la Quinta República” (Presentación de J. Pérez Royo), Edit. CEC, Madrid, 1990, en especial pags. 115-158..

de 1789, sin embargo, el Consejo Constitucional no ha realizado distinciones, y le ha dado el mismo peso que al Preámbulo de 1946.

3. Las disposiciones del Preámbulo de la Constitución la IV República de 1946. Tal Preámbulo contiene una declaración de derechos económicos, sociales y culturales que viene a completar la Declaración de 1789, la que a su vez contiene principalmente derechos civiles y políticos. Este elemento se incorporó al bloque, al igual que el anterior, mediante la decisión del Consejo Constitucional de 16 de julio de 1971, y fueron aplicadas por vez primera en la decisión de 15 de enero de 1975 (G.D. N°23). También se ha discutido el valor de derecho positivo de las cláusulas del Preámbulo. Como bien puntualiza Favoreu “no se puede decir que el texto del Preámbulo de 1946 sea más vago o menos preciso que el Capítulo tercero de la Constitución española (artículos 35 a 52) o que el Título III de la Constitución italiana (arts. 35-47). A decir verdad, tratándose de derechos económicos y sociales, es decir, de “derechos-créditos” o de “derechos programáticos”, no puede haber más rigor en un caso que en el otro: los “principios rectores de la política económica y social de la Constitución española o las disposiciones relativas a la “relaciones económicas” de la Constitución italiana no son enunciados más vigorosamente que los “principios políticos, económicos y sociales particularmente necesarios en nuestro tiempo” del Preámbulo de 1946.
4. Los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República. Para Favoreu este contenido es elemento marginal del bloque (los principales elementos son los tres anteriores) porque representan el fundamento de sólo 4% de las sentencias de anulación. Estos principios fundamentales son principios contenidos en la “legislación republicana” aprobada “antes de la entrada en vigor del Preámbulo de 1946” (27 de octubre de 1946) y no debe haber ninguna excepción a la tradición instaurada al tenor de las diversas leyes aprobadas, ya que si una sola ley se desviara de dicha tradición no podría contemplarse como generadora de un principio fundamental que integra parte del bloque de constitucionalidad. Hasta ahora el Consejo Constitucional ha admitido los siguientes: libertad de asociación, los derechos de defensa, la libertad de conciencia, la independencia de la jurisdicción administrativa, la independencia de los profesores universitarios, la competencia exclusiva de la jurisdicción administrativa para anular actos de la autoridad pública, y la autoridad judicial como guardián de la propiedad privada.

Por otra parte, es importante señalar con Favoreu que no forman parte del bloque de constitucionalidad los reglamentos de las asambleas parlamentarias, las normas internacionales (Derecho Internacional convencional y general), la costumbre constitucional, y los principios generales del derecho. No deja de ser una paradoja de

la noción francesa del bloque de constitucionalidad la ausencia de los reglamentos camarales y las normas internacionales, las que usualmente integran la noción de Constitución material, aunque cabe advertir en la doctrina y jurisprudencia francesa un temprano dilema entre el nacionalismo de la Constitución de 1958 y el internacionalismo del Preámbulo de 1946 marcado por la postguerra. Con todo, como bien nos recuerda Rousseau el tema más delicado de la doctrina del bloque de constitucionalidad en Europa es la de los tratados internacionales como sujeto o parámetro del control de constitucionalidad.<sup>51</sup>

Cabe observar, además, que el bloque de constitucionalidad no integra de manera permanente o en abstracto normas infraconstitucionales (Pardo Falcón), sin embargo pueden resultar incluidas para casos específicos normas como la Ordenanza orgánica relativa a las Leyes de Presupuestos de 1959 dictada en cumplimiento de una habilitación transitoria del art. 92 de la Constitución y otras leyes orgánicas u ordenanzas, según lo confirma la jurisprudencia del Consejo Constitucional (DC de 17, 18 y 24 de julio de 1959, DC de 8 de julio de 1966 y e 20 de noviembre de 1966, y DC de 3 de noviembre de 1977).

Un problema específico en relación a la doctrina del bloque de constitucionalidad lo presentan las leyes orgánicas, que para Favoreu inicialmente se habían integrado en el bloque y más tarde han salido de éste, admitiendo el maestro francés, que cuando el Consejo Constitucional “invalida una ley ordinaria por haber modificado una ley orgánica, el motivo de invalidación no es la violación de la ley orgánica, sino la violación de la Constitución (decisión 217, de 28 de septiembre de 1986). Luego admite la ley orgánica como parte del bloque de constitucionalidad en casos muy calificados, cuando la ley orgánica contiene reglas de procedimiento que se dirigen o se imponen al legislador ordinario cuya transgresión constituye una violación directa de la ley orgánica y no de la Constitución”.

El recientemente desaparecido profesor Favoreu considera que la noción del bloque de constitucionalidad ha jugado un papel de gran trascendencia en el desarrollo del constitucionalismo francés, porque le ha permitido al “juez constitucional, en menos de veinte años...realizar lo que cerca de dos siglos de historia no habían conseguido llevar a cabo: un conjunto constitucional suficientemente armonioso y coherente, que combina la modernidad y las tradiciones y en el que, sobre todo, los derechos fundamentales han sido finalmente integrados”.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> Rousseau, D.: “ob. cit. pag. 62-71.

<sup>52</sup> “El Bloque...”, ob. cit., p. 59

### III. LA DOCTRINA DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

La doctrina del “bloque de constitucionalidad” es de uso frecuente en el Derecho Público español y a ella hace referencia el Tribunal Constitucional tempranamente en 1982 (STC 10 /1982, f. J. 2º).<sup>53</sup> Sin embargo, como observa Rubio Llorente no parece haber elementos de juicio que permitan sostener con exactitud una definición de esta doctrina ni todos sus componentes, de lo que es demostrativa las oscilaciones de la jurisprudencia. En unas ocasiones el bloque de constitucionalidad es el conjunto concreto de normas aplicables al caso que juzga el Tribunal Constitucional, mientras que en otros es el “elenco de todas las normas que prevalecen sobre las restantes leyes” en relación con la delimitación de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas. En palabras de Rubio Llorente: “Naturalmente, las normas que forman el famoso “bloque” tienen relevancia constitucional, pero lo que determina su incorporación a él (y por supuesto, su relevancia) es otra característica, otra función, o más exactamente el desempeño de una de las dos funciones a las que el Tribunal anuda esa pertenencia. En la mayor parte de las decisiones que utiliza la expresión, la función determinante de la inclusión es la delimitación competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, una función por tanto, intrínseca a la norma de la que es finalidad u objeto propio. En otras sentencias, por el contrario, la función tomada en consideración es una función por así decir, extrínseca a la norma misma y que surge sólo dentro del proceso por la relación que en él se establece entre ella y la norma sometida al juicio del Tribunal a través de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad, pues con la misma denominación de “bloque de la constitucionalidad” o con las equivalentes de “parámetro de constitucionalidad”, “bloque normativo del artículo 28 LOTC” u otras semejantes, el Tribunal se refiere frecuentemente también a un conjunto de normas que ni estas incluidas en la Constitución ni delimitan competencias, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen”.<sup>54</sup>

Por lo demás, la doctrina del bloque de constitucionalidad plantea diferencias importantes en la doctrina científica española. Así, algunos autores señalan que el bloque de constitucionalidad es el conjunto de instrumentos normativos que junto a la Constitución, se tienen en cuenta para determinar con exactitud el régimen de una determinada competencia en el sentido de si está atribuida al Estado o a las Comunidades Autónomas (Santiago Muñoz Machado, Tomás Ramón Fernández,

<sup>53</sup> Rubio Llorente, Francisco. “El Bloque de Constitucionalidad”, Revista Española de Derecho Constitucional (REDC), Madrid, núm. 27, septiembre-diciembre de 1989. Idem “La Forma del Poder (Estudios sobre la Constitución) Edit. CEC, Madrid, 1993, pags. 99-126. También del mismo autor: “El Tribunal Constitucional” REDC N° 71, 2004, pags. 11-33, en especial 24-26.

<sup>54</sup> Rubio Llorente, F.: ob. cit. pags 101.

Eduardo García de Enterría, entre otros).<sup>55</sup> Para otros autores como el brillante y tempranamente desaparecido Ignacio de Otto el bloque de constitucionalidad es una consecuencia necesaria del principio de competencia para articular la relación entre normas de igual rango (ley estatal-ley autonómica, ley orgánica-ley ordinaria, ley-reglamentos parlamentarios, etc).<sup>56</sup> Con agudeza precisa Ignacio de Otto: “La existencia del llamado bloque de la constitucionalidad no es más que el resultado de que la Constitución haya introducido en la ordenación de las fuentes el criterio de distribución de materias dando lugar así al fenómeno de las normas interpuestas, esto es normas que la Constitución atribuye la virtualidad de condicionar la creación de otras que, sin embargo, son de su mismo rango”(…) “No hay por tanto, una relación jerárquica entre las leyes que integran el bloque de la constitucionalidad como criterio “para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución”, lo que no tendría sentido si existiere superioridad jerárquica del bloque de la constitucionalidad, pues la infracción de la jerarquía no es infracción directa de la Constitución”. En el fondo la conformación del Estado de las Autonomías (Estatutos, leyes de delegación del art. 150.1, leyes orgánicas de transferencia de art. 150.2 y leyes de armonización del art. 150.3), integran el bloque de constitucionalidad como “normas interpuestas” entre la Constitución y las leyes, sirviendo de parámetro de constitucionalidad, asimilándose estas normas interpuestas al rol que juega la Constitución federal en un Estado compuesto. La Constitución del Estado de Autonomías no confiere poder constituyente a la Autonomías, pero extiende materialmente la Constitución estatal a su ordenación (“poder estatuyente”): la distribución territorial del poder.<sup>57</sup>

En consecuencia, tenemos un concepto mínimo de bloque de constitucionalidad en España, que no integra por regla general normas infraconstitucionales, sino:

1. La Constitución de 1978.
2. Los Estatutos de Autonomía y otras normas que distribuyen competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Sobre lo demás tenemos más bien oscuridad, un uso del concepto bloque de constitucionalidad “errático y falto de rigor” (Rubio Llorente). Por la vía ejemplar, la legislación básica o los reglamentos de las asambleas parlamentarias a veces son invocados como elementos del bloque constitucional, pero la jurisprudencia no ha sido clara ni consistente en estas materias. Como ha señalado el profesor Rubio Llorente, “lo que ha surgido aquí es la duda de que nuestra Constitución es quizá algo más que los 169 artículos que la componen”.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> Fernández, T.R: “Las Leyes Orgánicas y el Bloque de la Constitucionalidad”, Editorial Civitas, Madrid, 1981.

<sup>56</sup> Otto Pardo, Ignacio de: “Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes”, Edit. Ariel, Barcelona, 1987, pags.94-95, 257-258.

<sup>57</sup> Otto Pardo, Ignacio: “Estudios sobre Derecho Estatal y Autonómico” Edit. Civitas, Madrid, 1986, en especial pag. 32-42.

<sup>58</sup> Idem, p. 175.

La doctrina del bloque de constitucionalidad ha permitido, en España al igual que en Francia, superar la estrecha noción formal de lo que es una Constitución, lo que ciertamente es un cambio en el sujeto o parámetro empleado por la Justicia Constitucional, que puede operar con un derecho material de referencia más amplio para juzgar la constitucionalidad de las leyes. El caso español también revela que esta doctrina ha sido de gran utilidad para delimitar las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, tema que es de gran importancia histórica en España hoy, tema negado por el régimen autoritario franquista, y que fue en gran medida no nato bajo la Constitución de la II República que estatufó un “Estado integral”.

En este orden de ideas Rubio Llorente descontando el falso punto de partida del art. 28 LOTC, utiliza el concepto de “Constitución total” para dar cabida al bloque de constitucionalidad. “La Constitución total es, dice este jurista, en efecto, simplemente el complejo normativo, el conjunto de normas positivas de rango superior (no un mero supuesto lógico jurídico) que distribuye territorialmente el poder (especialmente pero no sólo el poder legislativo) entre unas instancias centrales cuya competencia, objetiva o materialmente limitada, se extiende, sin embargo, en el espacio, a la totalidad del territorio, y otras instancias territoriales, cuya competencia es limitada tanto material como espacialmente. Parece evidente que han de considerarse también integradas en la Constitución total aquellas normas que imponen límites al legislador central o territorial, esto es, sobre todo las normas que consagran derechos fundamentales, pero dejando ahora de lado esta cuestión lo que importa subrayar es la simple verdad de Perogrullo de que el núcleo esencial de cualquier sistema de división territorial del poder está integrado precisamente por las normas de delimitación competencial”.<sup>59</sup> En el fondo las normas sobre competencias relativas a la distribución territorial del poder, en el caso español, están en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía, es decir, todas normas materialmente constitucionales, y en tal medida necesariamente integran el sujeto o parámetro del control de constitucionalidad. Sin embargo, para algunos autores después de 25 años de vigencia de la Constitución española se ha producido una pérdida de la calidad de la autonomía política, lo que lleva a plantear la necesidad de constitucionalizar las competencias básicas del Estado y para ello reformar la Constitución.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> Rubio Llorente, F.: ob. cit. pag. 113-114.

<sup>60</sup> Viver i Pi-Sunyer, Carles: “Materias Competenciales y Tribunal Constitucional. La delimitación de los ámbitos materiales de las competencias en la jurisprudencia constitucional”, Edit. Ariel, Barcelona, 1989, en especial Págs. 26-47. También de Eliseo Aja: “La Distribución de Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España. Balance y Perspectivas”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales Nº 1, CEC, 1989, pags. 233-254. De los profesores E. Aja y C. Viver Pi-Sunyer: “Valoración de 25 Años de Autonomía” REDCNº 69, 2003, pags. 69- 113.

Con todo el problema se plantea con la incorporación al bloque de constitucionalidad de otras normas infraconstitucionales, como ocurre con los problemas competenciales derivados de la legislación básica referida en el artículo 149 de la Constitución española. Esta legislación básica es el conjunto de normas que contienen los principios esenciales de la regulación de una determinada materia o la regulación de aspectos esenciales de la misma, las que para Rubio Llorente no son normas que importen de modo general reglas de delimitación competencial.

#### IV. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN ITALIA

El Derecho Público italiano también ha incorporado esta doctrina a sus instituciones de control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Es menester tener presente en este punto, que la doctrina italiana de Derecho Público ha sido tradicionalmente proclive a distinguir entre forma y materia constitucional, y entre Constitución en sentido formal y Constitución en sentido material, para dar cuenta en el primer caso de normas constitucionales contenidas en la Constitución (y leyes de revisión constitucional), y en fuentes equiparadas, y en el segundo caso de un conjunto de principios incorporados por las fuerzas políticas y sociales en un cierto momento histórico y que sostienen al régimen político.<sup>61</sup> De este modo, no resulta difícil comprender la recepción de la doctrina del bloque de constitucionalidad, que se adapta a un ordenamiento jurídico complejo en materia de fuentes formales y principios ordenadores de éste, además de poseer un Estado Regional que ha sido objeto reciente de dos leyes constitucionales que profundizan el proceso de descentralización (Leyes Nº 1 y Nº 3 de 1999 y de 2001 respectivamente).<sup>62</sup>

El profesor turinés Gustavo Zagrebelsky, en una monumental obra sobre la Justicia Constitucional, señala que en Italia, para determinar si existe un vicio de inconstitucionalidad de una ley, ésta debe confrontarse con “el parámetro constitucional”, y en éste deben incluirse además “de las normas contenidas en la Constitución y las leyes constitucionales...las que a pesar de no ser formalmente constitucionales entran, no obstante, a formar parte de aquello que ha sido felizmente denominado el bloque de constitucionalidad”.<sup>63</sup> La determinación de la amplitud de este conjunto,

<sup>61</sup> Pizzorusso, Alessandro: “Lecciones de Derecho Constitucional”, (trad. J. Jiménez C.), Edit. CEC, Madrid, 2 vol., 1984, vol II, pag 216.217.

<sup>62</sup> Predieri, Alberto: “El Sistema de Fuentes del Derecho”, en “La Constitución Española de 1978. Estudio Sistemático dirigido por los profesores Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría”, Edit. Civitas, 2ª ed., 1981, reimpr. 1988, Madrid, 1988, pags 161-260.

<sup>63</sup> “La Giustizia Costituzionale”, Bolonia, Ed. Il Mulino, 2a. Ed. 1988, en especial capítulo 5 sobre “El Vicio de la Ley”, p. 123-165.

dice Zagrebelsky, es un aspecto esencial del cual depende la incidencia real del control de constitucionalidad. Zagrebelsky hace su planteamiento acerca del bloque de constitucionalidad a partir de las formas de declaración de inconstitucionalidad: inconstitucionalidad material (contenido), inconstitucionalidad formal (procedimiento de formación) e inconstitucionalidad por incompetencia (sujeto u órgano). Especial interés posee la inconstitucionalidad por incompetencia derivada de la violación de la regla constitucional que dispone la distribución de potestad legislativa en diversos sujetos, frente a los cuales existen dominios o materias de ley diferenciadas, y la inconstitucionalidad por violación de “normas interpuestas” (entre la Constitución y la ley), en que se produce un reenvío de normas ampliándose el parámetro de control de constitucionalidad, generándose así la “violación indirecta” de la Constitución.

Para Zagrebelsky, las normas jurídicas que, a pesar de no ser formalmente constitucionales, integran parte del bloque constitucional pueden dar lugar a que se produzca la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley por constituir una violación “indirecta” de la Constitución. Aquellas normas, que se encuentran en un lugar entre la Constitución formal y la ley ordinaria, pueden generar una inconstitucionalidad por violación de “normas interpuestas”,<sup>64</sup> que según la doctrina italiana serían las siguientes: normas de Derecho Internacional a las que el ordenamiento italiano debe conformarse; normas que regulan la Comunidad Europea (actual Unión Europea); normas de los Tratados Lateranenses que el legislador no puede modificar unilateralmente; leyes que regulan las relaciones del Estado con los cultos no católicos, que el primero no puede modificar sin acuerdos previos; leyes contienen los principios fundamentales sobre las competencias de los entes regionales; normas contenidas en la legislación delegada que circunscriben el Poder Legislativo en el Poder Ejecutivo; los reglamentos de las asambleas parlamentarias.<sup>65</sup>

La jurisprudencia constitucional ha excluido los reglamentos de las asambleas parlamentarias y en cuanto a las normas internacionales que regulan a la Unión Europea,

<sup>64</sup> Zagrebelsky, op. cit., p. 137.

<sup>65</sup> Pizzorusso, Alessandro: “Las Fuentes del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Italiano”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales Nº3, Madrid, 1989 pags. 269-321. Pizzorusso propone la siguiente sistematización de las fuentes: “a) el nivel de las fuentes supremas comprensivo de algunos principios establecidos por la Constitución, identificables por medio de criterios indicados, por lo demás de manera únicamente genérica, por la doctrina y la jurisprudencia; b) el nivel de las fuentes constitucionales, que comprende la Constitución, las leyes constitucionales y de revisión (incluidos los estatutos regionales especiales) y las normas de derecho internacional general; c) el nivel de fuentes primarias, que comprende las leyes estatales, regionales y provinciales (incluidos los estatutos de las regiones ordinarias), los decretos-leyes, los decretos legislativos delegados, las normas de actuación de los estatutos regionales especiales, los referéndum abrogativos y los reglamentos internos de los órganos constitucionales; d) el nivel de las fuentes secundarias, que comprende los reglamentos y las ordenanzas estatales, regionales y de otros antes públicos (y otros varios actos normativos asimilables a ellos) y los acuerdos sindicales para el empleo público; e) el nivel de las fuentes terciarias, que comprende las costumbres praeter legem y los actos normativos emanados en el ámbito de la autonomía privada” (pag. 317).

si bien en una primera época la Corte Constitucional declaró inconstitucionales las leyes italianas que se les oponían, luego varió de criterio y ha permitido a los jueces desaplicar la ley nacional y darle aplicación preferencial a las normas comunitarias.

Por último, vale la pena señalar que la Corte Constitucional declaró, por primera vez, en 1981 que una costumbre tenía valor constitucional (se trataba de una costumbre relativa a la autonomía contable de la Presidencia de la República y de las dos Cámaras del Parlamento), como nos lo recuerda el profesor milanés Paolo Biscaretti di Ruffia.<sup>66</sup>

## V. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN AMÉRICA LATINA

Indicábamos en el proemio que en América Latina la doctrina del bloque de constitucionalidad se ha incorporado consistentemente en la doctrina científica y jurisprudencia de Costa Rica,<sup>67</sup> Panamá<sup>68</sup>, Perú y Colombia, entre otros países. En Costa Rica integran el bloque de constitucionalidad los principios constitucionales: rigidez, certeza del derecho, responsabilidad del Estado y libertad de contrato; también la costumbre constitucional, y los tratados internacionales y el reglamento parlamentario en lo concerniente al procedimiento de formación de la ley. En Panamá la Corte Suprema de Justicia acogió la doctrina del bloque de constitucionalidad por primera vez en la sentencia de 30 de julio de 1990, y puede ser aplicado por tribunales inferiores en procesos de amparo; integrando el bloque la Constitución formal, la Jurisprudencia de la Corte Suprema, la costumbre constitucional *praeter* o *secundum constitutionem*, el reglamento parlamentario (sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 6 de octubre de 1991) en lo concerniente a la función legislativa y de modo excepcional y temporario el Estatuto de Retorno Inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional de 1989. Curiosamente tanto en Costa Rica como en Panamá Constituciones históricas (1871 y 1946 respectivamente) también son empleadas como sujeto o parámetro en el control de constitucionalidad de normas y actos dictados bajo su vigencia y que surtieron sus efectos.

En el caso de Perú el bloque de constitucionalidad define un parámetro o canon de control en la acción de inconstitucionalidad no sólo compuesto por la Constitución, sino también por ciertas leyes que regulan la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado (leyes orgánicas). Carpio Marcos críticamente afirma que el citado art. 22 de la LOTC es una “cláusula superflua e inútil”; ya que el problema de la “normas

<sup>66</sup> “Diritto Costituzionale”, Ed. Jovene, Nápoles, 12a. ed. actualizada, 1982, p. 835.

<sup>67</sup> Hernández Valle, Rubén: “La Tutela de los Derechos Fundamentales”, Edit. Juricentro, San José, pag. 133-146.

<sup>68</sup> Hoyos, Arturo: “El Control Judicial y el Bloque de Constitucionalidad en Panamá”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado N°75, UNAM, 1992, pag. 785-807.

interpuestas”, es de violación “indirecta” de la Constitución. Agrega este autor que las “normas interpuestas” por su función poseen ciertas características: son normas inderogables por las fuentes que limitan formal o materialmente; su inserción en el parámetro o canon de control no supone que pierda su condición de fuente primaria del ordenamiento; cuando estas normas determinen el contenido de una norma constitucional, no pueden ser abrogadas *sic et simpliciter*; en cuanto normas interpuestas no tienen la condición de “fuentes autónomas de validez” y en tanto normas que establecen específicas condiciones de validez de determinadas leyes o normas con rango de ley, su ubicación entre las normas paramétricas es de carácter “eventual”.<sup>69</sup>

En este lugar nos referiremos también al caso de Colombia en que la Corte Constitucional, ejerciendo el control competente a través de un procedimiento definitivo, ha abierto el parámetro de control de constitucionalidad a normas de jerarquía constitucional y a normas de valor constitucional. En consecuencia se habla de un bloque de constitucionalidad *latu sensu* integrado por disposiciones de rango normativo superior a las leyes ordinarias, aunque a veces no gocen de rango constitucional y también comprende leyes estatutarias, leyes orgánicas, tratados internacionales de derechos humanos que admiten ser limitados bajo estados de excepción y los instrumentos internacionales sobre límites, y un bloque de constitucionalidad estricto *sensu* que comprende principios y reglas incorporados a la Constitución o en tratados internacionales (art. 43 de la Constitución colombiana de 1991) y aquellos tratados sobre derechos humanos que no admiten suspensión durante situaciones de anormalidad.<sup>70</sup>

Con esta doctrina del bloque de constitucionalidad la Corte Constitucional colombiana pretende superar la concepción “meramente formal o documental de la Constitución” ensanchando el arsenal de herramientas interpretativas que los jueces poseen para hacer valer la Constitución. De este modo, a partir de 1995 la Corte Constitucional colombiana, admite la incorporación al bloque de constitucionalidad de los tratados internacionales, siempre que haya apoyatura constitucional para tal integración como ocurre con los artículos 9º (que consagra reconocimiento constitucional de principios de Derecho Internacional), 53 (admite que los convenios internacionales del trabajo formen parte de la legislación interna), 93 (los tratados sobre derechos humanos y que prohíben su limitación en estados de excepción prevalecen en orden interno), 94 (los derechos y garantías contenidos en la Constitución y tratados internacionales no debe entenderse como negación de otros inherentes a la persona humana), 102 (los límites sólo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso y ratificados por el Presidente de la República) y 214 (“no podrán

<sup>69</sup> Carpio Marcos, Edgar: ob. cit. págs. 106-108.

<sup>70</sup> Olano García, H.A.: ob. cit. págs. 232-233.

suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del Derecho Internacional humanitario”) de la Constitución del citado país. (Corte Constitucional S. C-578 de 1995, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes N.; S. C-065 de 2003, M.P. Marco Monroy Cabra, entre otras.)

Resulta una aparente paradoja el que en el constitucionalismo latinoamericano se incorpore la doctrina del bloque de constitucionalidad para dar cuenta de la Constitución material y de tratados internacionales sobre derechos humanos integrados a ésta, en un contexto de realidad histórico-política y social de eficacia muy relativa de las normas constitucionales y del ordenamiento jurídico. Aparente paradoja, ya que tradicionalmente el constitucionalismo latinoamericano es generoso en sus contenidos (liberales, democráticos y sociales), probablemente para ocultar la miseria de la realidad.

## VI. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD O CONSTITUCIÓN MATERIAL

La doctrina del bloque de constitucionalidad ha cumplido en Europa continental la función de incorporar elementos materiales en el concepto de Constitución y ampliar el sujeto o parámetro de control de constitucionalidad por los tribunales constitucionales, en atención a las coordenadas específicas que se plantean en Francia, España e Italia, relativas a la complejidad y dispersión constitucional, distribución territorial del poder político e incorporación-habilitación de Derecho Internacional y Derecho Comunitario.

Con todo, la doctrina del bloque de constitucionalidad plantea un “eterno retorno” al concepto material de Constitución, que ha tenido diversas formulaciones en la Teoría Constitucional moderna de los siglos XIX y XX, pero una finalidad convergente: la relativización o degradación de la Constitución como subsistema normativo iusfundamental.

En efecto, la orientación sociológica seguida por Ferdinand Lassalle en sus conferencias “¿Qué es una Constitución?” pronunciadas en Berlín en 1862, en que distingue entre Constitución escrita y Constitución real; residiendo en ésta última el estatuto del poder, quedando la primera convertida en una mera hoja de papel o cortina ideológica de la estructura real de poder. Para Lassalle carecen de utilidad las definiciones jurídico formales de Constitución, ya que la Constitución real y efectiva es reflejo del imperio de los factores reales de poder, que “...rigen en el seno de cada sociedad con esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal y como son”, y de lo cual un botón de muestra son las “prácticas de Derecho Constitucional” del canciller Bismarck. También en una orientación sociológica, pero conservadora, Balmes defiende la idea de una Constitución social identificada con las fuerzas sociales. Nos indica Balmes: “Suele llamarse ley fundamental la que determina las formas políticas; la palabra fundamental induce a

algunos a creer que las constituciones son lo más fundamental que hay en un país. No puede negarse que, con respecto a las instituciones civiles, son las formas políticas un verdadero fundamento; pero éstas a su vez han de asentarse sobre otro cimiento formado de aquella masa, digámoslo así, en cuya composición entran las ideas y costumbres del país, y aquellas instituciones que por antonomasia se apellidan sociales”.<sup>71</sup>

También, en el pensamiento político constitucional conservador o reaccionario se ha defendido la existencia de un concepto material de Constitución de raíz “histórica”, como ocurre con los liberales doctrinarios españoles (Donoso Cortés, Canovas) y sobre todo con reaccionarios como De Maistre. Para Donoso Cortés la Constitución histórica o interna reúne el conjunto de constituciones históricas consolidadas en un país, a saber: la monarquía y las cortes en el caso español del siglo XIX, en el contexto de una “soberanía limitada” lejana de los “dogmas reaccionarios” de la soberanía del pueblo y del derecho divino de los reyes, hermanados con las ideas de libertad y poder respectivamente. A su vez De Maistre, desde la divinización de la “historia” o del pasado que contiene población, costumbres, religión, geografía, política y características de la nación; plantea que “ninguna Constitución resulta de una deliberación; los derechos del pueblo nunca existen por escrito, o al menos los actos constitutivos o las leyes fundamentales escritas nunca son más que títulos declaratorios de derechos anteriores, de los cuales no puede decirse más que una cosa, que existen porque existen”. Agrega en otro lugar De Maistre: “Uno de los grandes errores de un siglo que los sostuvo todos, fue creer que una Constitución política podrá ser escrita o creada a priori, en tanto que la razón y la experiencia concuerdan en probar que una Constitución es una obra divina, y que precisamente lo más fundamental y lo más esencialmente constitucional en las leyes de una nación no puede ser escrito” y concluye “el hombre no puede crear una Constitución; y ninguna Constitución legítima puede ser escrita”.<sup>72</sup>

Por último, en el siglo XX Costantino Mortati utilizó el concepto de Constitución material, influyendo poderosamente en parte de la doctrina italiana (Barile, Biscaretti di Ruffia y De Vergottini), entendiendo que la Constitución es la estructura orgánica fundamental de una sociedad y por ende concierne a las fuerzas e instituciones políticas, y a los fines políticos reales que persiguen dichas fuerzas e instituciones, y a los principios funcionales que fijan o acuerdan, todo con independencia de la ley fundamental. Así

<sup>71</sup> Lassalle, Ferdinand: “¿Qué es una Constitución?” (Trad. W. Roces y estudio de E. Aja) Edit. Ariel, 2ª edición, Barcelona, 1987, págs. 80, 84 y 99. De Jaime Balmes “Política y Constitución” (Selección y estudio de J. Varela S.) Edit. CEC, Madrid, 1988, p. 55.

<sup>72</sup> Donoso Cortés, J.: “Lecciones de Derecho Político” (Estudio de J. Alvarez J.), Edit. CEC, Madrid, 1984, págs. 121 yss. De Joseph De Maistre la recopilación de sus principales obras: “Consideraciones sobre Francia. Fragmentos sobre Francia. Ensayo sobre el Principio generador de las constituciones políticas” (trad. G.A. Piemonte), Edit. Diccio, Buenos Aires, 1980, págs. 69, 75, 215, 221-222, 239. Para un panorama general de los conceptos racional-normativo, histórico y sociológico la obra de Manuel García Pelayo: “Derecho Constitucional Comparado” Alianza Editorial, Madrid, 1984, págs. 33-53.

por ejemplo Biscaretti di Ruffia admite este influjo señalando: "Tales constituciones en sentido material, en la concepción predominante actualmente en Italia, pretenden indicar el conjunto de los elementos de organización necesarios para la subsistencia de un Estado determinado, es decir, la específica comunidad social que está debajo del orden normativo, en cuanto se le considera ordenada según un mínimo de elementos de organización (fuerza política) idóneos para presentarla dotada de una actividad dirigida hacia un fin particular (fin político). La fuerza política y el fin político se presentarían, por tanto, como los elementos fundamentales de la concepción mencionada, y su cambio, en época posterior a aquella de la adopción de una determinada Constitución en sentido formal, podría determinar una clara y amplia separación entre la misma y la Constitución en el sentido material, entendida en este aspecto. De manera que la desaparición de las fuerzas políticas que concurren para determinar la aprobación de las mencionadas normas escritas y la elección de fines políticos diversos de aquellos que la habían originado, conducirían necesariamente a la falta de aplicación de facto de las normas mencionadas, sustituidas por la práctica y por las costumbres que se encuentren en armonía con las nuevas fuerzas y los diversos fines políticos imperantes en la actualidad, fenómeno que en parte se ha realizado en el República italiana, entre 1947 y la época actual, ocasionando la bien conocida falta de aplicación de la Constitución de 1947." Lo propio ocurre con De Vergottini que entiende el Derecho Constitucional como derecho del "hecho político" y sitúa la virtualidad de la Constitución material en el "...papel que cumplen las fuerzas políticas en la fijación de los principios organizativos y funcionales esenciales para la vida de un ordenamiento" y puntualiza que posee "...el principio originador y justificador de un ordenamiento, es decir la Constitución por excelencia, consiste en la fuerza normativa de la voluntad política, con aplicación realista del principio de efectividad..." (...) "La Constitución material es, pues, capaz de presentarse como la fuente real de validez del sistema (y por ende, también de la Constitución formal) de garantizar su unidad mediante la interpretación estimativa de las normas existentes y colmar sus lagunas, de concretar los límites de la continuidad y de las mutaciones del estado tomándola como parámetro de referencia".<sup>73</sup>

Para Mortati la Constitución en sentido material no es la Constitución originaria o sociológica, sino el "sistema positivo que incluye la disciplina de todas las relaciones importantes, y que conecta en una determinada especie de unidad a todos los elementos del Estado".<sup>74</sup> La forma de Estado o régimen designa para el jurista italiano, el

<sup>73</sup> Biscaretti di Ruffia, Paolo: "Introducción al Derecho Constitucional Comparado" (trad. H. Fix Zanutio) Edit. F.C.E. 1ª edición en español, 1ª reimpresión, Madrid, 1979, pag. 289. De Giuseppe De Vergottini: "Derecho Constitucional Comparado" (traducción de edición de 1981 e introducción de P. Lucas Verdú), Edit. Espasa Calpe, Madrid, 1985, págs 133 y siguientes, en especial pag 142.

<sup>74</sup> Mortati, Costantino: "La Constitución en Sentido Material", (estudio preliminar y traducción A. Bergareche G. y epílogo G. Zagrebelsky), Edit, CEPC, Madrid, 2000, pag. 214.

contenido de la Constitución "... el conjunto de las fuerzas políticas y de los fines de los que son portadoras, y que inspiran el conjunto normativo. Constitución que, al mismo tiempo, forma el elemento constante, el límite absoluto de todo cambio constitucional, determina con su caída la caída misma del Estado, el cual, se insiste, no puede configurarse jurídicamente fuera de una forma particular". Agrega Mortati: "en su núcleo esencial, la forma de Estado está dada por el valor o por el conjunto de los valores de los que son portadores una clase social dada y el partido que es su expresión activa, y en torno a los cuales están coordinadas diferentes instituciones estatales".<sup>75</sup> La ubicua doctrina de Mortati acerca de la Constitución material, escrita en 1940 no oculta su compromiso ideológico con el fascismo, englobando bajo la noción de Constitución en sentido material las fuerzas, instituciones, fines y principios del régimen compuesto por el Estatuto Albertino de 1848 y las leyes del Estado Fascista.

De esta suerte, las orientaciones sociológicas, histórico-conservadora e institucionalista-fascista de la Constitución material, tienen esta finalidad antes anotada de relativizar o degradar a la Constitución como subsistema normativo iusfundamental, por la vía de desprestigiar las formas (centrales en la legitimidad del Estado de Derecho), y hacer desaparecer las diferencias de la estructura del ser y del deber ser. En cambio el bloque de constitucionalidad también retorna al concepto de Constitución material, pero de un modo diverso, hipertrofiando el contenido normativo iusfundamental para devenir en un conjunto de normas amorfa, abigarrada y heteróclita, y desconstitucionalizando el sistema normativo. Luego, el empleo del concepto Constitución material o de sustitutos de éste como el bloque de constitucionalidad es un campo minado, que depara peligros evidentes para la democracia constitucional, y la Constitución y los principios de constitucionalidad (supremacía, valor normativo y eficacia normativa).

En consecuencia subsiste en la ciencia del Derecho Constitucional la distinción Constitución material y formal, pero en relación a la ordenación de derecho positivo básica del Estado.<sup>76</sup> El maestro de Oviedo -Ignacio de Otto Pardo- nos recuerda que es necesario distinguir entre Constitución en sentido material y Constitución material. La Constitución en sentido material indica el criterio (materia) que permite identificar una norma como constitucional por la materia que la norma regula, y la Constitución material indica una determinada realidad (facticidad) a la que se atribuye valor normativo. Esta distinción anotada reconduce a la distinción entre normatividad y facticidad, que es línea divisoria entre la ciencia del Derecho Constitucional y la ciencia política. La difuminación teórico-metódica de esta línea divisoria

<sup>75</sup> Ob. cit. pag. 216.

<sup>76</sup> Sobre los conceptos de Constitución material y formal es magistral el tratamiento conferido al tema por Ignacio de Otto Pardo en "Lecciones de Derecho Constitucional. Introducción", Guiztur. Ediciones, Oviedo, 1ª reimpresión de 1ª edición, 1980, en especial págs. 96-119.

(normatividad-facticidad), nos lleva a la “hidra de mil cabezas” que es el Derecho Político o las disciplinas u orientaciones que funden saberes, en una mixtura abigarrada, amorfa y estéril. Un buen ejemplo del complejo camino de unir Constitución material y Constitución formal lo encontramos en el tratamiento que le da al tema un maestro de la talla de Karl Loewenstein.<sup>77</sup>

En este orden de ideas conserva su valor el concepto de Constitución en sentido material empleado por Kelsen que comprende las normas positivas que “regulan la producción de las normas jurídicas y generales,”; la que podrá tener su origen en la costumbre o en un acto fundacional.<sup>78</sup> Por otra parte la Constitución en sentido formal es un concepto básico de las tradiciones constitucionales de la modernidad (liberal, democrática y social) y que arranca del concepto racional normativo que supone un plan racional de organización y funcionamiento del Estado y la sociedad (García Pelayo y Loewenstein). El propio De Vergottini reconoce que la Constitución escrita es garantista y responde a principios organizativos y de estabilización de estructuras. Se produce en la Constitución en sentido formal (y también en la legislación), no sólo la cristalización de las formas del poder político y su racionalidad (Estado de Derecho), y su enlace con el principio democrático, sino también se resume la ecuación de conciliación, como anota Hauriou, entre autoridad y libertad (civil, política y social), y como anota Sartori, entre el principio del poder (gubernaculum) y el control sobre el poder (jurisdicción).

Asociado a este concepto de Constitución en sentido material se presenta la necesidad de identificar las fuentes formales del Derecho Constitucional, que obviamente no se agotan en la Constitución formal, y para ello no es necesario recurrir a la doctrina del bloque de constitucionalidad, sino simplemente dar cuenta de las dimensiones del sistema normativo (dimensión vertical, dimensión horizontal, dimensión de profundidad y dimensión temporal), que permiten esbozar los principios ordenadores del sistema a saber: principio de jerarquía normativa, principio de competencia, principio de procedimiento y principio de sucesión cronológica (Santamaría Pastor). En este orden de ideas nos parece bien encaminado el planteamiento de Requejo Pagés de introducir el bloque de constitucionalidad en la teoría general de las normas para “...aprehender en su totalidad el problema como paso previo a su adecuada tipificación jurídica y a la congruente elaboración de los

<sup>77</sup> “Constituciones y Derecho Constitucional en Oriente y Occidente”, en Revista de Estudios Políticos N° 164, IEP, Madrid, 1969, págs. 5-56.

<sup>78</sup> Kelsen, Hans: “Teoría Pura del Derecho”, (trad. R. J. Vernetgo), Editorial Porrúa, México, 1993, págs 232-235. De Karl Loewenstein “Teoría de la Constitución” (trad. A. Gallego A.) Edit. Ariel, 2ª edición, 3ª reimpresión, Barcelona, 1983, págs. 149 y siguientes. De André Hauriou “Derecho Constitucional e Instituciones Políticas” Edit. Ariel, 4ª edición, Barcelona, 1971 y del politólogo italiano Giovanni Sartori: “Elementos de Teoría Política” (traducción de M. Luz Morán) Alianza Editorial, Madrid, 1992, págs. 13-25.

mecanismos de articulación entre estas normas y las que no se integran en el citado bloque” y además partir de la unidad del concepto de Constitución e interpretar el bloque a partir de la categoría de remisión normativa. Al mismo tiempo es menester poner a salvo la forma constitucional, no sólo por un prurito lógico y jerárquico en la construcción del ordenamiento jurídico por la teoría de las normas, sino por imperativo de edificación del Estado como un Estado democrático y Estado de Derecho. “De forma constitucional, anota Requejo Pagés,... puede únicamente hablarse por relación a normas jurídicas cuya peculiar expresión positiva no persigue otros efectos que su instalación en un determinado estadio del proceso de producción de normas, con la consiguiente atribución, en función del estadio ocupado, de un peculiar régimen de relaciones internormativas que se traduce básicamente en la imposibilidad de su alteración por los que le siguen y en la posible modificación de éstas por aquélla. La forma de la Constitución no es sino la expresión positiva de un conjunto de normas jurídicas ubicadas en la primera de las fases de todo Ordenamiento en el que se haya verificado la diferenciación en el proceso de producción de normas, entre fases de creación y fases de aplicación”. En este mismo orden de ideas, como se dijo, el bloque de constitucionalidad sólo tiene cabida en los ordenamientos complejos en que se verifique una remisión normativa a normas infraconstitucionales que tengan por finalidad la ampliación del sujeto o parámetro de control de constitucionalidad. En palabras de Requejo Pagés: “Entendida la Constitución como el marco procedimental de la generación de todos los ámbitos procesales de producción de normas jurídicas particulares, la existencia de formas infraconstitucionales a las que se reconoce el carácter de parámetro de la constitucionalidad de otras formas idénticas o similares puede entonces explicarse como la consecuencia de habilitaciones constitucionalmente realizadas en orden a la utilización de los diferentes procedimientos que en ella se establecen”.<sup>79</sup>

En un sistema normativo marcado por la unidad jurídica y política como el nuestro, podemos establecer las dimensiones antes anotadas acerca del ordenamiento jurídico o sistema normativo, pero también se observa nítidamente la prevalencia del principio de jerarquía normativa y de la forma constitucional, que aglutina las normas iusfundamentales, es decir, las normas del primer estadio del ordenamiento y que son lógicamente condicionantes –y por ende superiores– de la producción de normas, normas que le están subordinadas. Desde esta perspectiva la Constitución es norma fundante del sistema y además la fuente de los poderes normativos, por lo que es el único subsistema normativo que puede cumplir el rol o función de sujeto o parámetro del control de constitucionalidad de la ley y de los actos estatales.

<sup>79</sup> Santamaría Pastor, Juan Alfonso: “Fundamentos de Derecho Administrativo”, Ceura, Madrid, 1991, págs. 313-332. También de Juan Luis Requejo Pagés. “Constitución y Remisión Normativa” REDC N° 39, 1993, págs. 115-158.

En consecuencia, ni los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados y vigentes al amparo del inciso 2º del artículo 5º de la Constitución ni las leyes orgánicas constitucionales al amparo del artículo 66 de la Constitución, podrían integrar un bloque de constitucionalidad, ampliando el sujeto o parámetro del control de constitucionalidad de la ley y actos estatales por el Tribunal Constitucional, ya que son normas objeto del control de constitucionalidad: preventivo y obligatorio tratándose de leyes orgánicas constitucionales y de normas de un tratado que versen sobre materias propias del legislador orgánico (art. 93 N° 1º), del control preventivo y facultativo tratándose de proyectos de ley y de tratados (art. 93 N° 3º) y del control represivo y facultativo de preceptos legales (art. 93 N° 6º y N° 7º). Lo expuesto impide al Tribunal Constitucional sostener la inconstitucionalidad “indirecta”.

Finalmente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tras una vacilación inicial, se inclina derechamente por rechazar la existencia de “normas interpuestas” o una “semi-Constitución”, al admitir que la inserción de las leyes orgánicas constitucionales y tratados internacionales al sistema normativo u ordenamiento jurídico no se hace desde una dimensión vertical, sino horizontal, es decir, no a partir del principio de jerarquía normativa, sino el principio de competencia. En efecto, la jurisprudencia constitucional sobre tratados confirma su carácter infraconstitucional y su posición en el derecho interno, a saber: STC Rol N° 46, cons. 28; STC Rol N° 346, cons. 59-75, y la necesidad de conciliar jerarquía y competencia cuando el tratado concierna a materias del legislador orgánico, a saber: STC Rol N° 309 cons. 17-25, STC Rol N° 383 cons. 14. Asimismo en cuanto a la legislación orgánica constitucional la jurisprudencia confirma su jerarquía legal e inserción en el sistema normativo conforme al principio de competencia, a saber: STC Rol N° 53 cons. 4º y STC Rol N° 376 cons. 9º y 10, entre otras. Finalmente, el Tribunal Constitucional es una sentencia de reciente factura, a propósito de un conflicto de constitucionalidad derivado del procedimiento de reforma constitucional, estimó que la Judicatura Constitucional no puede construir un juicio de constitucionalidad a partir de la supuesta infracción del reglamento parlamentario (STC Rol N° 464 cons. 14º).

## VII. CONCLUSIONES

La doctrina del bloque de constitucionalidad lentamente está siendo utilizada en nuestro país para dar cuenta de normas infraconstitucionales, pero que tienen cabida en la Constitución en sentido material. Aunque este concepto no haya encontrado aún recepción en la jurisprudencia constitucional, si lo encuentra en la doctrina.<sup>80</sup> Así en nuestro medio, animado por un loable propósito de inserción como derecho superior, de los tratados de derechos humanos, el profesor Nogueira

Alcalá señala “los derechos esenciales, con independencia de la localización normativa de sus enunciados, son para el derecho chileno un conjunto homogéneo y unitario de derechos cuya conculcación sólo puede ser reparada de un modo igualmente uniforme, sin que sea posible graduar su defensa en función de que la infracción al derecho sea por un órgano estrictamente nacional y por relación a los enunciados constitucionales y por un órgano de procedencia internacional, y con referencia a las prescripciones del tratado o convenio. De esta forma, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, en materia de derechos esenciales o derechos humanos, configuran el sentido y alcance de los derechos constitucionales, pudiendo invocarse formalmente en un recurso de amparo, uno de protección o un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, entre otros”.

Es menester anotar nuestra discrepancia con el planteamiento del profesor Nogueira Alcalá y que dice relación con la necesidad de determinar críticamente (teórica y prácticamente) si la doctrina del bloque de constitucionalidad tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico en general y Constitución en particular.

En este orden de ideas, debemos tener presente que en el caso de Europa continental el bloque de constitucionalidad se implanta, con matices y evoluciones propias en Francia, España e Italia, para dar cuenta de una Constitución compleja y dispersa (Francia) o de una estructura territorial de estados compuestos, como es el Estado de las Autonomías español o el Estado Regional italiano o simplemente para dar cuenta de la integración supranacional europea. Por ello, Rousseau puntualiza que uno de los temas más delicados del control de constitucionalidad en Europa consiste precisamente en determinar si se da cabida a los tratados internacionales en el sujeto o parámetro de control de constitucionalidad.<sup>81</sup>

Por otra parte, dar cabida al bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento importa dar cuenta de las normas infraconstitucionales (pero que integran la Constitución en sentido material), que tendrían inserción en esta noción y sin que exista una remisión normativa en la Constitución. De este modo, dada la apertura del concepto podrían tener cabida en el bloque de constitucionalidad los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados y vigentes, las leyes orgánicas constitucionales, las leyes de desarrollo de derechos fundamentales, los reglamentos parlamentarios, entre otros; es decir, una masa amorfa, abigarrada y heteróclita de normas materialmente constitucionales.

<sup>80</sup> Nogueira Alcalá, Humberto: “Dogmática Constitucional”, Editorial Universidad de Talca, 1997, pag. 85-88.

<sup>81</sup> Rousseau, D.: ob. cit., pag. 68-71. Un buen ejemplo de lo dicho por Rousseau es el planteamiento en España de Francisco Balaguer Callejón de integrar el Derecho Comunitario al bloque de constitucionalidad, para la articulación de los ordenamientos europeo, estatal y autonómico. “Fuentes del Derecho, Espacios Constitucionales y Ordenamientos Jurídicos” REDC N° 69, 2003, pags. 181- 213., y del mismo autor “Fuentes del Derecho” Edit. Tecnos, Madrid, 1992, Vol. II.

Ciertamente, para cualquier observador crítico muchas de estas normas están aquejadas de un fuerte déficit democrático como ocurre con tratados internacionales sobre derechos humanos y leyes orgánicas constitucionales. Especialmente las leyes orgánicas constitucionales previstas en la Constitución de 1980 son dictadas antes del 11 de marzo de 1990 (con excepción de las leyes orgánicas del Poder Judicial y de Contraloría General de la República, que en sus versiones preconstitucionales son leyes orgánicas fictas), y son concebidas como prolongación de "amarre" de la Constitución heredada del régimen autoritario y en tal medida un "enclave autoritario".

Además, es menester puntualizar que en nuestro ordenamiento no se divisa la necesidad de un bloque de constitucionalidad, ya que la Constitución vigente es una Constitución codificada, escrita y desarrollada y el Estado posee unidad jurídica y política en el plano territorial. Luego, la utilización de la noción de bloque de constitucionalidad viene a ser en nuestro país un sustituto de la Constitución en sentido material, no un sustituto inane, ya que trae aparejado peligros en relación a la inserción de nuestro sistema de Jurisdicción Constitucional en la República democrática y Estado de Derecho. Además, no debemos olvidar, aunque es obvio, que la Constitución formal posee supremacía formal y material, valor normativo y eficacia normativa, como consecuencia de un principio de jerarquía normativa que está unido al principio democrático, ya que en el Estado democrático la Constitución es fruto de la autodeterminación política de una comunidad fundada en la soberanía popular, en la que aquilatan decisiones fundamentales acerca del orden político (social y económico también) que trasuntan en la organización fundamental del Estado y en un catálogo de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, así como deberes y garantías.

Ello significa que el eventual "trasplante" puede constituir un peligro para el organismo estatal. Primero, subyace a la doctrina del control de constitucionalidad un evidente peligro para la democracia constitucional. La ampliación del sujeto o parámetro del control de constitucionalidad a una Constitución en sentido material, supone entregarle al Tribunal Constitucional un poder político que va más allá de la defensa de la Constitución formal y que comprende además tipos de normas aquejadas de un fuerte déficit democrático. Segundo, al mismo tiempo esta ampliación del sujeto o parámetro de control de constitucionalidad produce una merma en la seguridad jurídica que importa tener el estatuto del poder y el catálogo de derechos fundamentales reunidos en una Constitución escrita y rígida. Se produce así una "desconstitucionalización", de un signo y alcance diverso a la desconstitucionalización que traen aparejadas las autocracias<sup>82</sup>, pero que ligada a la Constitución como subsistema normativo iusfundamental, importa una relativización o degradación de

<sup>82</sup> Linares Quintana, Segundo: "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas", Edit. Plus Ultra, 3 vol, 2ª ed., Buenos Aires, 1976, Vol. II pags.563-566.

la Constitución vigente la que posee una legitimidad democrática parcial y sobreviviente en el tiempo (ya que la Carta de 1980 es Constitución otorgada y autoritaria en origen y legitimada por 17 reformas en particular dos reformas con carácter de pacto de amplio alcance, las reformas de 1989 promulgada por Ley N° 18.825 y de 2005 promulgada por Ley N° 20.050).

Sobre este punto cabe agregar que a la Constitución de la democracia constitucional subyace un pacto político (no en su acepción contractualista o iusnaturalista) sino de pacto de mayorías y minorías y un equilibrio político de fuerzas, que cristaliza en un subsistema normativo fundamental acerca de la organización y funcionamiento de la comunidad política (Kelsen).<sup>83</sup> Un "bloque de constitucionalidad" va más allá de este "pacto".

Finalmente, la ampliación del control de constitucionalidad significa transformar a los jueces constitucionales en jueces *cadí*, ya que ante el bloque de constitucionalidad como conjunto amorfo, abigarrado y heteróclito de normas materialmente constitucionales, el juez va a encontrar un amplio abanico de fuentes normativas a decisiones creadoras, que importan en definitiva, la apertura de la puerta al activismo judicial.

### 3. "CONTROL CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDAD: RECURSO DE INAPLICABILIDAD Y CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL"(')(')

#### I. PROLEGÓMENOS

La invitación a exponer acerca de proyecto de reforma constitucional en actual trámite en el Congreso Nacional, específicamente sobre el recurso de inaplicabilidad y la cuestión de inconstitucionalidad exige una aproximación de este tema prospectiva y de *constitutione ferenda*.

Una aproximación prospectiva porque resulta fútil referirnos al estado de la cuestión en materia de recurso de inaplicabilidad; instituto que resulta de todo punto de vista insatisfactorio y que no ha permitido transformar al Corte Suprema en una

<sup>83</sup> Kelsen, Hans: "Teoría General del Estado" (trad. L. Legaz), Edit. Nacional, México DF, 1979, pags. 325-333 y también "Esencia y valor de la democracia" (trad. R. Luengo y L. Legaz, prólogo I. De Otto) Edit. Labor, Barcelona, 1977, pag. 81, en el mismo sentido Mauricio Fioravanti: "Constitución. De la antigüedad a nuestros días". (trad. M. Martínez N), Edit. Trotta, Madrid, 2001, pags. 163-164.

\* Francisco Zúñiga Urbina, profesor de Derecho Constitucional.

\*\* Ponencia a "Jornadas Intercontinentales sobre la Constitucionalización en la Unión Europea y sus Implicaciones para las entidades Sub-estatales" Santiago de Compostela 17-20 de febrero de 2005.

Corte de Constitucionalidad que ejerza un efectivo control de constitucionalidad de la ley. Por lo demás, en nuestra doctrina existen innumerables trabajos sobre esta materia, bastando recordar en esta ocasión el libro de Raúl Bertelsen y la más reciente investigación de Gastón Gómez, entre otros.<sup>84</sup>

Además, hablamos de una aproximación de *constitutione ferenda*, ya que la concentración del control de constitucionalidad en el Tribunal Constitucional, derogándose el recurso de inaplicabilidad del artículo 80 de la Constitución constituye un consenso constitucional que, como es obvio, no ha cristalizado aún en una reforma. Desde este punto de vista, escribir sobre la materia puede constituir un aporte al debate y mejora del instituto propuesto.

En efecto, en el Senado se ha perfeñado un consenso constitucional en orden a derogar el artículo 80 que instituye la acción de inaplicabilidad y establecer una declaración de inaplicabilidad que permite incoar al Tribunal Constitucional vía acción (en rigor excepción), de oficio por el tribunal que conoce de la gestión o por vía recursal por quien sea parte en la mencionada gestión, antes de la sentencia. Es decir, se ha producido un *mixtum compositum* de la acción de inaplicabilidad y de la cuestión de inconstitucionalidad, institutos ambos enderezados a un control concreto de constitucionalidad, es decir un examen de constitucionalidad de normas legales relevantes y pertinentes para fallar un conflicto o "gestión" seguido ante un tribunal ordinario o especial.

Por último, el consenso constitucional que cristaliza en el propuesto artículo 82 N° 6 nuevo, en la materia que nos interesa presenta un conjunto de problemas que vamos a tener la oportunidad de exponer en los capítulos siguientes, primero a partir del debate habido en la Cámara Alta, segundo a partir de las críticas que Calamandrei fórmula a la cuestión de inconstitucionalidad y tercero por consideraciones doctrinales y prácticas que se formularán. Los problemas que presenta nuestra inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad derivan de la simbiosis de Judicaturas (Poder Judicial y Tribunal Constitucional), alcance de la cosa juzgada y efectos de la sentencia constitucional, y la inevitable contaminación política y de intereses de partes privadas, ya que este instituto de control concreto es una garantía de intereses subjetivos en el proceso a quo (Pérez Tremps).<sup>85</sup>

<sup>84</sup> Bertelsen R., Raúl: "Control de Constitucionalidad de la Ley", Edit. Jurídica, Santiago, 1964. Del mismo autor: "Análisis y Revisión del recurso de inaplicabilidad (modelo y jurisprudencia) en V.V. A.A.: "La Jurisdicción Constitucional Chilena ante la Reforma", UDP, Stgo., 1999, pag. 157-179. También Gastón Gómez B.: "Investigación Recurso de Inaplicabilidad" UDP y "La jurisdicción constitucional: funcionamiento de la acción o recurso de inaplicabilidad. Crónica de un fracaso" Foro Constitucional Iberoamericano N° 3, revista electrónica, U. Carlos III, Madrid.

Idem Francisco Zúñiga: "Elementos de Jurisdicción Constitucional", Edic. U. Central, Stgo. 2 vol., 2002.

<sup>85</sup> Pérez Tremps, Pablo: "Tribunal Constitucional y Poder Judicial", Edit. CEC, Madrid, 1985.

## II. APUNTES SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

En este apartado interesa recoger de modo sucinto y fragmentario el debate habido en el Senado acerca del recurso de inaplicabilidad, y de la cuestión de inconstitucionalidad; específicamente a través de mociones y proyectos, opiniones e informes.<sup>86</sup> El debate en la Cámara de Diputados recién ha comenzado, pero se prevé muy breve.

En este orden de ideas el proyecto de la coalición de partidos Alianza por Chile propone lo siguiente:

b. Incorporar el siguiente número 8°:

"8°) Declarar inaplicable en casos particulares de que conozca todo precepto legal contrario a la Constitución."

c. Incorporar el siguiente inciso final:

"En el caso del número 8°, el Tribunal podrá conocer la inaplicabilidad de oficio en las materias que conozca o que le fueren sometidas en recursos interpuestos en cualquier gestión, pudiendo el Tribunal ordenar la suspensión del procedimiento."

Por su parte, el proyecto de la Concertación de Partidos por la Democracia propone con la derogación del artículo 80, lo siguiente.

c. Incorporar el siguiente número 8° (un art. 82):

"8°. Declarar inaplicable en casos particulares de que conozca todo precepto legal contrario a la Constitución."

d. Intercalar el siguiente inciso final:

"En el caso del número 8° el Tribunal podrá conocer de la inaplicabilidad de oficio en las materias de que conozca o que le fueren sometidas en recursos interpuestos en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal. Dicho recurso podrá deducirse en cualquier estado de la causa, pudiendo el Tribunal Constitucional ordenar la suspensión del procedimiento."

e. Incorporar el siguiente número 14°:

"14°. Resolver las cuestiones de inconstitucionalidad cuando sea requerido por cualquier órgano judicial de oficio o a petición de parte respecto de materias que aquél esté conociendo y antes de que se dicte sentencia, cuando se considere que un precepto legal aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo o resolución judicial, pueda ser contrario a la Constitución."

En la Comisión de Constitución del Senado, se recogieron informes y opiniones,

<sup>86</sup> Consultar documento "Reforma de la Constitución Política de la República de 1980", Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, 2001; que recoge parte importante de la Reforma Constitucional en actual trámite en el Senado.

por lo que resulta atingente reproducir algunas de ellas en su aspecto medular, a saber:

El ministro del Tribunal Constitucional señor Eugenio Valenzuela Somarriva, en una línea más conservadora, que tiene cercanía con las propuestas de anteproyectos de Constitución de CENC y Consejo de Estado, expresó:

“En relación con sus proposiciones en materia de composición del Tribunal, recordó que hoy día está constituido por siete miembros; tres nombrados por la Corte Suprema, dos por el Consejo de Seguridad Nacional, uno por el Senado y uno por el Presidente de la República. En su anteproyecto, propuso que el número de miembros se eleve de siete a nueve. La justificación, dijo, está en que se propone encomendar al Tribunal Constitucional cuatro nuevas atribuciones, una de las cuales es de trascendental importancia y demandará mucho trabajo, cual es el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. (pág. 371) (...)”

“Luego, aludió al funcionamiento del Tribunal en pleno o dividido en salas. En pleno, dijo, funcionaría con siete miembros y dividido en salas, con cinco. La particularidad de esta sería que tanto el pleno como la sala deberían estar integrados por lo menos por un representante de cada uno de los designantes, es decir, uno de la Corte Suprema, otro del Senado, otro del Presidente de la República y, si se propone de la Cámara de Diputados, tendría que haber un representante de ella. En la sala, explicó, el Tribunal sólo conocería de los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que serían el mayor número. Todo el resto de las materias las conocería el pleno. En la sala funcionarían con cinco ministros y el quórum serían nueve, sugirió constitucionalizar el sistema de abogados integrantes. Hoy en día, expresó, la Ley Orgánica del Tribunal establece la posibilidad de nombrar cinco abogados integrantes que, de hecho, han sido designados y lo han integrado. Ello, sin embargo, advirtió, ha ocasionado algunas dudas doctrinarias acerca de si esto es constitucional, por eso propuso contemplar la institución de los abogados integrantes en la Constitución.” (p.374).

“En consecuencia, la primera gran reforma que propuso es sustraer del conocimiento de la Corte Suprema el recurso de inaplicabilidad a que se refiere el artículo 80 de la Constitución y entregarlo al Tribunal Constitucional, con el objeto de concentrar el principio de supremacía constitucional en un sólo organismo.” (...) “El recurso de inaplicabilidad, continuó diciendo (Valenzuela Somarriva), debería pasar al Tribunal Constitucional dividido en dos tipos de acciones, una de inaplicabilidad y otra de inconstitucionalidad. La acción de inaplicabilidad pasaría en los mismos términos en que está concebida actualmente en el artículo 80, vale decir, el Tribunal, en los casos que conozca o que le fueran sometidos en recurso interpuesto en cualquier gestión, puede declarar inaplicable un precepto legal que sea contrario a la Constitución. Esto lo conocería el Tribunal en sala, pero después de tres fallos uniformes en recursos de

inaplicabilidad distintos, nacería la segunda acción, que es la de inconstitucionalidad. Es decir, después de tres fallos uniformes se podría pedir la inconstitucionalidad de la ley, lo cual traería como consecuencia que ésta quede sin efecto con carácter general.”

“En esto, expresó (Valenzuela Somarriva) estar consciente de discrepar completamente de la doctrina constitucional, porque todos los Tribunales Constitucionales establecen directamente la acción de inconstitucionalidad, pero prefirió ser más conservador en su proposición de reforma por dos motivos. Primero, porque cree que las instituciones no deben tener cambios muy bruscos, aun cuando el recurso de inaplicabilidad efectivamente presenta varios problemas y no responde a ningún parámetro jurídico válido al llevar en su esencia la desigualdad ante la ley. Segundo, porque quienes integran este Tribunal son humanos y lo más grave que puede hacer un Ministro en un Tribunal de esta índole es dejar sin efecto una ley vigente que fue aprobada por los Poderes Ejecutivo y Legislativo, lo cual puede convertirse en algo irreversible.”

“En consecuencia, recapituló, es prudente que se establezca esta dualidad de acciones; es decir, que la acción de inaplicabilidad pueda ser iniciada por el juez que conoce de la causa o por las partes que forman el litigio y que para el recurso de inconstitucionalidad exista acción popular, vale decir, que cualquier persona pueda pedir la inconstitucionalidad de esa ley con efecto general. Esto, agregó, también contribuirá a lograr un mayor consenso dentro de la Cámara de Diputados, del Senado y del Poder Ejecutivo.”

“Completando la explicación de esa atribución, citó la opinión de diversos tratadistas sobre la necesidad urgente de que este recurso sea sustraído de la Corte Suprema y entregado al Tribunal Constitucional, así como estadísticas según las cuales más o menos el 60% de los recursos de inaplicabilidad en la Corte Suprema terminan en el archivo de los antecedentes, simplemente porque las partes no les dieron movimiento.”

“Informó que en el seno de la Comisión Ortúzar la idea fue mantener tal cual el recurso de inaplicabilidad en la Corte Suprema, pero agregando que si está, después de tres fallos consecutivos, declaraba inaplicable un precepto, inmediatamente el asunto pasaba al Tribunal Constitucional, el cual podía declarar con efectos generales la ilegitimidad de la respectiva ley. O sea, concluyó, un sistema parecido al que él plantea.” (p. 374-375)

“El ministro señor Valenzuela advirtió que el recurso de inaplicabilidad procedería por razones de fondo y de forma, porque naturalmente la tendencia de la Corte Suprema, que ha sido imposible revertir, excluye la posibilidad del recurso de inaplicabilidad por razones de forma fundándose en que ese órgano no desea entrometarse en labores propias de otro Poder del Estado.”

“En cuanto a la dictación de una norma legal y posteriormente de otra constitucional que contraponen –caso conocido como leyes preconstitucionales–, efectivamente, algunos, y la Corte Suprema en un comienzo, sostuvieron la teoría de que cuando la norma era anterior a la Constitución, ésta última derogaba la norma, pero esa teoría ha ido siendo dejada de lado por la Corte Suprema, cuyo criterio, hoy, es que hay una inconstitucionalidad y no una derogación. A su juicio, esta es la correcta doctrina porque la inconstitucionalidad y la derogación son dos institutos jurídicos diferentes y la inconstitucionalidad es siempre previa a la derogación. Para que haya derogación tácita es necesario que dos textos se contrapongan y, desde el momento en que los textos legal y constitucional se contraponen, ya se generó el vicio de inconstitucionalidad. En consecuencia, la derogación no tiene sentido; hay derechamente una inconstitucionalidad y no una derogación. Informó que el único país donde se ha aceptado de la derogación en vez de la inconstitucionalidad es Alemania, pero se ha hecho sobre la base de una derogación expresa, porque en la Constitución alemana se estableció una norma para derogar todas las disposiciones legales anteriores a ésta que el fueran contrarias.” (p.376-377) (...) “Enseguida, planteó algunas modificaciones referidas a los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional que tendrían que adecuarse a las nuevas atribuciones, esto es, la inaplicabilidad que deja sin efecto el precepto sólo para el caso específico y la inconstitucionalidad, que tiene efecto general.” (p.378).

Por su parte el ministro del Tribunal Constitucional (actual presidente) señor Juan Colombo Campbell en una línea más “radical” comentó que en el “extranjero no se entiende que en Chile exista un Tribunal que tiene el control preventivo y otro que ejerce el control a posteriori, por una serie de razones que ellos se plantean en tesis que felizmente aquí no han ocurrido, como es el caso de posibles choques entre la cosa juzgada de la sentencia del Tribunal Constitucional y la de una sentencia de la Corte Suprema. Se considera que no es compatible un sistema en que tribunales distintos realizan los controles anteriores y posteriores.

“Todo esto, prosiguió, conduce necesariamente a pensar que es menester reestructurar la competencia del Tribunal Constitucional para entregarle el conocimiento privativo de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad.”

“Concordó en que las causales invocadas para la inconstitucionalidad puedan ser de forma y de fondo, pero discrepó del ministro señor Valenzuela en lo concerniente a los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional. Estimó que el fallo de este organismo debe expulsar la norma del ordenamiento jurídico porque, de lo contrario, se produce una desigualdad absoluta entre dos personas que en un país se rigen por una misma Constitución. Para un sujeto que logró una sentencia favorable en un recurso de inaplicabilidad, esa ley no existe y no

se le aplica, y para todo el resto de los chilenos esa ley es perfectamente constitucional, tiene que aceptarse y los tribunales tienen que aplicarla. De tal modo que en virtud de los principios de supremacía constitucional, de la concentración de la justicia constitucional y de igualdad ante la ley, ésta debe ser constitucional o inconstitucional y si es inconstitucional, tiene que serlo para todos y eliminarse del sistema”.

“Este cambio, indicó, puede parecer radical pero no vulnera atribuciones de los Poderes Legislativos y Ejecutivo, sino, muy por el contrario, proporciona la eficacia con la que los propios legisladores quieren dotar al Tribunal Constitucional, además de constituirlo en un verdadero en un verdadero guardián de la Constitución, como lo concibe la doctrina.” (p.381).

También en el Senado y Comisión de Constitución se dieron cuenta de los informes y opiniones de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional.

En cuanto al informe de la Corte Suprema concerniente al proyecto de reforma constitucional, se consigna:

“Aludió, en primer término, a la declaración de la inaplicabilidad de todo precepto legal contrario a la Constitución. Estuvo de acuerdo la Corte en que se dote al Tribunal Constitucional de una acción que le permita controlar represivamente la constitucionalidad de las leyes con efectos generales, erga omnes, que complementen su actual función preventiva en la materia, pero por referirse el recurso de inaplicabilidad creado ya para plantearlo a la aplicación de un precepto legal específicamente señalado a un caso determinado y preciso suscitado en el curso de una gestión seguida ante tribunales de justicia ordinaria y motivada por un conflicto entre partes, es decir, por tratarse de la solución de un caso concreto de una posible inconstitucionalidad puntual surgida en el transcurso de un trámite judicial y no de un control en abstracto y de consecuencias generales de la constitucionalidad legal, fue de parecer que el recurso de inaplicabilidad existente, en la forma como se encuentra de las innovaciones adecuatorias que podrían formularse, como sería, por ejemplo, que después de tres fallos uniformes que acojan la inconstitucionalidad de un precepto legal, la Corte comunique el antecedente al Tribunal Constitucional para los efectos sancionatorios de carácter general que también deberían establecerse. La modificación constitucional a este respecto sería, en consecuencia, menor, más simple y de la misma efectividad que la insinuada, agregó.”

“En cuanto a esta misma materia, la Corte Suprema manifestó que le preocupa el efecto que las modificaciones que se proponen podrían producirse en el necesario y delicado equilibrio que el constituyente sabiamente ha mantenido entre los tres Poderes tradicionales del Estado, desde los inicios de nuestra vida como Nación independiente.”

“Tal equilibrio, manifestó, supone necesariamente la existencia de efectivos contrapesos y controles recíprocos entre los Poderes, situación que se ha ido deteriorando paulatinamente respecto del Poder Judicial.”

“Expresó que esta tendencia se agudizaría al restársele a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento del recurso de inaplicabilidad, sin que la pérdida de ese control relativo de la constitucionalidad de las leyes para un caso particular en tramitación ante los tribunales sea compensada con otras facultades de fiscalización que se le confieran al Poder Judicial.”

En cuanto al informe y opiniones al interior del Tribunal Constitucional, es menester destacar lo siguiente:

“En seguida, abordó la nueva atribución que se propone otorgar al Tribunal Constitucional en relación con la declaración de inaplicabilidad de todo precepto legal contrario a la Constitución, por motivo de forma o de fondo, que corresponda aplicar en la decisión de cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial.”

“El Presidente, señor Faúndez y el ministro señor Álvarez estuvieron de acuerdo en dotar al Tribunal Constitucional de una acción que lo faculte para controlar represivamente y con efectos generales la constitucionalidad de las leyes, que complementen su actual función solamente preventiva en la materia, pero, por referirse el recurso de inaplicabilidad ya creado a la aplicación de un precepto legal específico a un caso determinado y preciso, suscitado en el transcurso de una gestión promovida ante la justicia ordinaria y motivada por un conflicto entre partes, esto es por tratarse de la resolución de un caso concreto de una posible inconstitucionalidad puntual promovida en el curso de un trámite judicial y no de un control de consecuencias generales de constitucionalidad legal, fueron de parecer que la inaplicabilidad que existe, de la manera como se encuentra concebida, se mantenga dentro de la órbita de la competencia de la Corte Suprema.”

“En opinión de los ministros señores Jordán y Colombo, el control de constitucionalidad tanto preventivo como represivo, debe estar a cargo el Tribunal Constitucional en forma exclusiva.”

“En consecuencia, la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad debe, a juicio de ellos, ser conocida y resuelta por este tribunal, no por la Corte Suprema. Sostuvieron que el efecto de la sentencia que acoja dicha acción debe ser el de expulsar del ordenamiento jurídico la norma declarada inconstitucional. Asimismo, fueron partidarios de incorporar a la Carta Fundamental ciertos requisitos de admisibilidad de esta acción a fin de resguardar el debido proceso ante la alta magistratura con el objeto de precaver que esta acción se desnaturalice y altere nuestro ordenamiento judicial.”

“El ministro señor Valenzuela fue partidario, también, de sustraer del conocimiento de la Corte Suprema el recurso de inaplicabilidad y entregarlo a la decisión del fallo del Tribunal Constitucional con sustanciales modificaciones al sistema actual.”

“Propuso, siguiendo la tendencia del constitucionalismo moderno, sustituir el “sistema difuso” de control normativo de constitucionalidad por un “sistema concentrado” debido a las debidas innumerables ventajas que presenta el que sea sólo un órgano el que resuelva estas materias.”

“Señaló, enseguida, que el recurso de inaplicabilidad debe trasladarse al Tribunal Constitucional expresado en dos acciones distintas, una de la inaplicabilidad y otra inconstitucionalidad.”

“Concibió la acción de inaplicabilidad en iguales términos a aquellos en que está contemplada en el artículo 80 de la Constitución, con la sola variante de quienes pueden ser titulares, ya que en esta hipótesis podrían deducirla tanto las partes de la gestión como el juez que conoce de ella.”

“De esta acción, puntualizó conocería el tribunal en sala. Sin embargo, después de tres fallos uniformes, sean o no unánimes nacería la segunda acción que el ministro denominó de inconstitucional. La sentencia que la declare surtiría efectos con carácter general, quedando sin efecto la ley “erga omnes”. De esta segunda acción conocería el tribunal en pleno.”

“El ministro señor Valenzuela puso de manifiesto que, al formular esta proposición, se aparta de la doctrina constitucional patrocinada por los ministros señores Colombo y Jordán que propugna la idea de la inconstitucionalidad en términos absolutos. Sin embargo, hizo notar que prefiere esta fórmula tanto para evitar cambios bruscos en nuestro ordenamiento jurídico como así también para prever un posible error que pueda adquirir connotaciones importantes, como es dejar sin efecto una ley actualmente en aplicación, con carácter general.”

“Respecto a los requisitos necesarios para intentar estas acciones que eventualmente podrían establecerse, el ministro señor Valenzuela agregó que, por su naturaleza reglamentaria, ellos deberían contenerse en la Ley Orgánica Constitucional que contempla los procedimientos a que se someten las distintas materias de que el Tribunal conoce.” (p.387-388).

Indudablemente las opiniones variopintas dadas en la Comisión de Constitución y lo disímil del contenido de los informes, nos permite esbozar un cuadro de ideas acerca de la inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad, oscila entre el Escala de la acción de inaplicabilidad tradicional sometida a la competencia del Tribunal Constitucional con un alambicado efecto personal de sus sentencias y una cosa juzgada que no destruye el precepto legal inválido sino que lo declara inaplicable y el Caribdis más “radical” de una acción de constitucionalidad con efecto personal erga omnes de

su sentencia y una cosa juzgada que destruye o expulsa (legislador negativo) el precepto legal inválido del ordenamiento jurídico. Ciertamente están presentes en los informes y opiniones recogidas los caros principios de supremacía constitucional y constitucionalidad, como centro de gravedad del instituto de la inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad.

Finalmente, ante tal abanico de opciones y matices en relación a la concentración del control de constitucionalidad, vías procesales idóneas y naturaleza y efectos de la sentencia, más propuestas diversas destinadas a ampliar nuestro sistema de Jurisdicción Constitucional, se gesta un consenso constitucional, que pasó por desestimar algunas precisas propuestas a saber: acción directa de inconstitucionalidad, cuestión de inconstitucionalidad y consagración de un proceso de amparo de derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional subsidiario del proceso de amparo ordinario; que cristaliza en este instituto híbrido de inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad, reflejado en el texto aprobado en la Comisión de Constitución del Senado, que dispone:

“Artículo 82. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

“6.º Declarar la inaplicabilidad de todo precepto legal contrario a la Constitución, por motivo de forma o de fondo, que corresponda aplicar en la decisión de cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial. El Tribunal Constitucional conocerá estos asuntos en sala, la cual adoptará sus acuerdos por simple mayoría. La resolución que dicte sólo producirá efectos en los casos particulares en que se interponga la acción de inaplicabilidad. Ella podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar el Tribunal Constitucional la suspensión del procedimiento.”

“Después de tres fallos uniformes, el Tribunal, por los dos tercios de sus miembros, en pleno, de oficio o a petición de parte, declarará la inconstitucionalidad del precepto legal respectivo, con efectos generales;”

“En el caso del número 6.º, párrafo primero, la acción podrá ser deducida de oficio por el tribunal que conoce de la gestión y por quien sea parte en ella, antes de la sentencia.”

“Habrá acción pública para requerir al Tribunal respecto de la atribución que se le confiere en el número 6.º, párrafo segundo.”

### III. CONTROL CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDAD

El control concreto de constitucionalidad existe ampliamente en Europa continental y también en América Latina, coexistiendo o no con el control abstracto por vía de acción. El control concreto por vía de excepción es un examen de

constitucionalidad de la ley en el momento en el que se aplica a un caso concreto, que usualmente cristaliza en la cuestión de inconstitucionalidad. En palabras de Rousseau “esta cuestión, se envía al Tribunal Constitucional y provoca la suspensión del proceso ordinario hasta que se produce la resolución del Tribunal Constitucional”. Tal control concreto concierne a la naturaleza de la decisión jurisdiccional y procedimiento utilizado en la decisión, por lo se distingue procedimiento concreto y procedimiento abstracto de control de constitucionalidad (Fromont).<sup>87</sup>

De este modo en Europa continental el control concreto de constitucionalidad, en el caso de Austria con las reformas de 1929 y 1975, la cuestión de constitucionalidad se produce cuando el Tribunal Administrativo, el Tribunal Supremo de Justicia o una jurisdicción de apelación tienen dudas acerca de la legitimidad de la ley que deben aplicar o cuando cualquier tribunal duda sobre la conformidad del reglamento caso del cual estos tribunales deben suspender el procedimiento y dirigirse al Tribunal Constitucional. En España el control concreto de constitucionalidad se produce cuando un juez ordinario de oficio o instancia de parte, mediante un fallo de remisión irrecurrible, se dirige al Tribunal Constitucional de existir una “duda razonable” sobre la constitucionalidad de la ley.<sup>88</sup> En la República Federal de Alemania el art. 100 de su Ley Fundamental establece la cuestión de inconstitucionalidad que se plantea al Tribunal Constitucional, cuando el juez ordinario entienda que la ley aplicable a litigio sometido a su conocimiento, es contraria a la Constitución. Finalmente, en la Federación Rusa, cualquier tribunal podrá motivar la cuestión de la inconstitucionalidad de la ley ante el Tribunal Constitucional, quedando a salvo el derecho de las partes para alegar la excepción de inconstitucionalidad en el transcurso de un proceso judicial.

Finalmente, Hungría desde 1989, Eslovenia y Bélgica han instituido una cuestión de inconstitucionalidad, que se somete ante la Corte de Arbitraje, cuando se plantea la excepción de inconstitucionalidad por las partes en un juicio.

También en América Latina se ha establecido el instituto de la cuestión de inconstitucionalidad, en ocasiones con rasgos peculiares. Así verbi gratia en Bolivia después de la reforma de 1994 se crea un Tribunal Constitucional, que a pesar de quedar instalado en 1999 tiene hoy gran importancia político institucional, que tiene

<sup>87</sup> Dominique Rousseau: “La Justicia Constitucional en Europa” (trad. I. Ortiz y estudio T. Freixes Sanjuán) Edit. CEPC, Madrid, 2002, pag. 59-60. Idem Michel Fromont “La Justice Constitutionnelle dans le monde” Dalloz, Paris, 1996. También un texto ejemplar de L. Favoreu: “Los Tribunales Constitucionales” (trad. V. Villacampa), Edit. Ariel, 1ª ed. Barcelona, 1994. Idem para consultar legislación extranjera es útil consultar a Juan José González Rivas: “Análisis de los Sistemas de Jurisdicción Constitucional” Edit. CEPC, Madrid, 2001.

<sup>88</sup> Consultar STC 17/1981, de 1º de junio en que se recoge un análisis de la cuestión de inconstitucionalidad hispánica, en “Derecho Constitucional” (M. Aragón y J.J. Solozabal) Mc Graw-Hill, Madrid, 1995, pág. 102-103. También Francisco Rubio Llorente: “La Forma del Poder. (Estudios sobre la Constitución)” Edit. CEC, Madrid, 1993, pag. 409-440.

competencia de control concreto en vía de recurso incidental o indirecto a partir de un conflicto ante tribunales ordinarios (arts. 116 y 119) y en los casos de Paraguay y Venezuela las salas constitucionales de la Corte Suprema conocen de peculiares cuestiones de inconstitucionalidad.

Ahora bien, en esta materia: el control concreto de constitucionalidad cabe detenerse a continuación en las observaciones críticas que hace medio siglo formuló Piero Calamandrei, que refleja cierta desesperanza en el funcionamiento de las instituciones en la novel república italiana a la cual este procesalista e intelectual desde la resistencia antifascista tanto contribuyó a formar, al hoy clásico instituto de la cuestión de inconstitucionalidad; instituto que opera como excepción de legitimidad a petición de las partes en el proceso y de los jueces para ante la Corte Constitucional.<sup>89</sup> Las observaciones críticas de Calamandrei poseen a mi juicio, a pesar de cargar las tintas, plena actualidad, ya que apuntan al quid del control concreto de constitucionalidad, consistente en permitir que el derecho asimile la evolución de la sociedad en la medida que la apreciación o juicio de constitucionalidad se realiza en el momento en que la ley se aplica y no en el momento en que la ley es promulgada y entra en vigor, ofreciendo a las partes un medio de defensa formidable de sus derechos fundamentales.<sup>90</sup>

Los defectos del control concreto de constitucionalidad en sede de "cuestión", fueron planteados brillantemente por Piero Calamandrei en su obra "Ilegitimidad Constitucional de las Leyes en el Proceso Civil", cuyo resumen se contiene en el prólogo -carta dedicatoria dirigida a Enrico Redenti. Por su alcance y profundidad crítica, que en todo caso sigue de cerca el esquema teórico de Kelsen, nos permitimos reproducir fragmentariamente a Calamandrei.

a. El juez a quo es el "portero" de la Corte Constitucional:

"Pero los problemas nacen porque, en el ordenamiento que está por entrar en vigor, se ha establecido que la Corte Constitucional no puede ser investida de la cuestión de ilegitimidad constitucional de una ley, más que cuando ésta haya sido planteada como prejudicial en un proceso en el que se tratase de aplicar esta ley a un caso concreto. Para llegar hasta la Corte Constitucional es necesario, pues, que la cuestión pase a través de la escala del juicio ordinario, esto es, que nazca como cuestión de aplicabilidad a un caso singular para

<sup>89</sup> Las extensas citas de Piero Calamandrei corresponden a su opúsculo "Ilegitimidad Constitucional de las leyes en el Proceso Civil" recogido en "Derecho Procesal Civil. Estudios sobre el Proceso Civil" (trad. S. Sentís M) EJEA, Buenos Aires, 1976, pags 21- 120. También es un clásico su opúsculo "Corte Constitucional y Autoridad Judicial" pags. 121- 183, en el mismo volumen.

<sup>90</sup> Consultar acerca de la cuestión de inconstitucionalidad en Italia a P. Biscaretti di Ruffia "Derecho Constitucional" (P. Lucás V.), Edit. Tecnos S.A., Madrid 1ª ed., 1973. Además A. Pizzorusso: "Lecciones de Derecho Constitucional" (trad. J. Jiménez Campo) Edit. CEC, Madrid, 1984, 2º vol.

poderse ampliar hasta convertirse en cuestión de validez en todo caso. Cuando surge ante el juez la duda de que la ley a aplicar sea ilegítima, el juicio sobre el caso particular se detiene, y la cuestión se deja a la Corte Constitucional a fin de que decida, en vía general, aquella duda; y sólo cuando la Corte Constitucional se haya pronunciado en vía general, el juicio particular que quedó en suspenso podrá reanudar su curso."

"Así, el juez es llamado a hacer, se podría decir, de portero de la Corte Constitucional; incluso, se podría decir todavía mejor, la Corte Constitucional carece de su puerta grande, y no tiene otra entrada que la modesta puerta de escape representada por el juez. La Corte Constitucional y la administración de la justicia ordinaria viven, por decir así, en simbiosis, sin poder prescindir la una de la otra: si el juez ordinario no abre la puerta, la Corte no puede entrar en función; pero cuando la Corte ha entrado en función, el juez ordinario no puede ya cerrarla, y para poder continuar el propio trabajo, es necesario que espere a que aquélla haya terminado el suyo." (...) "

b. Ligazón entre el conflicto planteado ante el juez a quo y el conflicto constitucional:

"I. De todos los temibles abusos viene a la imaginación en primer término, como el más simple y el más natural, el de la facilidad con que los litigantes se servirán de la prejudicial de ilegitimidad constitucional como expediente al sólo objeto de retardar el curso de la justicia: si ha de bastar plantear esta cuestión para que el juez deba suspender sin más el proceso en espera de que se pronuncie el Corte, no habrá juicio en el que una de las partes no se sienta tentada a recurrir a este seguro artilugio para ganar tiempo, y la Corte Constitucional se encontrará en breve de tal manera aplastada por la afluencia de esta reclamaciones propuestas con finalidad meramente dilatoria, que el ritmo de su trabajo progresivamente deberá hacerse cada vez más lento, año tras año. Así, los causídicos, con una excepción de ilegitimidad constitucional lanzada al azar, tendrán (y no había necesidad de ello) el específico infalible para postergar la decisión de la causa en algún año."

c. La exigencia de "no manifiesta falta de fundamento" de la cuestión de inconstitucionalidad:

"II. Para poner remedio a este inconveniente, se ha establecido que el juez, frente a la prejudicial de ilegitimidad constitucional planteada por una de las partes, pueda negarse a tomarla en consideración, cuando le parezca, *ictu oculi*, "manifiestamente infundada"; se piensa que de este modo el juez podrá impedir que la Corte quede sofocada bajo un cúmulo de cuestiones propuestas sin ningún fundamento serio y con el sólo objeto de retardar el proceso. Pero con este sistema se corre el riesgo de caer en el peligro opuesto: podrá ocurrir

que el juez, sintiéndose no sólo custodio de la puerta de la Corte Constitucional, sino árbitro de no abrirla cuando a él así le plazca, se sienta llevado naturalmente, con objeto de que el proceso camine aceleradamente, a desvalorar, como manifiestamente infundadas, aun aquellas prejudiciales que en realidad merecerían ser llevadas al examen de la Corte constitucional. Y ocurrirá así que el paso obligatorio a través del proceso, en vez de servir para facilitar, filtrando las reclamaciones, el funcionamiento de la Corte, servirá en absoluto, rechazándolas al nacer, para impedirles ejercitar su oficio.”

d. Los criterios distintos de las “jurisdicciones” sometidas a “simbiosis”:

“III. Por otra parte, para que pudiera cumplirse sin inconvenientes esta elección preliminar demandada al juez, de las cuestiones dignas de ser sometidas a la Corte Constitucional, sería necesario estar seguros de que el juicio preliminar del juez y el juicio a fondo de la Corte pudieran desarrollarse a base de criterios homogéneos, esto es, según criterios exclusivamente jurídicos. Viceversa, no faltan razones para hacer considerar que entre el juicio preliminar del juez y el juicio a fondo de la Corte pueda no existir homogeneidad: dado el sistema con que ha sido redactada nuestra Constitución (en la cual, muchas disposiciones tienen solamente enunciaciones programáticas de propósitos políticos), hay que pensar que la función de la Corte Constitucional consistirá muy a menudo en examinar si el Parlamento con sus leyes ha sido fiel al programa contenido en la Constitución, y asumirá, por consiguiente, aun sin quererlo, carácter de control político. Y entonces podrá ocurrir que entre el examen preliminar confiado al juez y el examen a fondo correspondiente a la Corte exista una dañosa discordancia de criterio: esto es, podrá ocurrir que el juez, inspirándose en razones estrictamente jurídicas, considere manifiestamente infundada y, por consiguiente, rechace sin más, una cuestión de ilegitimidad inconstitucional que, si hubiese llegado hasta la Corte Constitucional, habría sido ciertamente acogida bajo el perfil de aquella alta discordancia de criterio, el paso obligado a través del proceso resultará, para el buen funcionamiento de la Corte constitucional, no una ayuda, sino un retardo o en absoluto un impedimento.”

e. Politización de la Judicatura:

“IV. Peor será si el juez, para superar esta discordancia y ponerse en armonía con el sistema, cree poder dar a su examen preliminar un carácter de examen superficial (delibación) de tipo político, que anticipe la valoración pedida a la Corte. Imagínese, por ejemplo, que el Parlamento dicte una ley para regular el derecho de huelga y que, en un juicio en el que esta ley vaya a ser aplicada, se plantee la cuestión de su inconciliabilidad con el art. 40 de la Constitución. Aquí, bajo la apariencia de una cuestión jurídica, existirá indudablemente la

sustancia de una divergencia política; y el juez que se niegue a remitir a la Corte Constitucional la cuestión, considerándola “manifiestamente infundada”, habrá realizado así, aun sin darse cuenta de ello, una valoración política. De este modo, la política se insinuará fatalmente en los juicios; la cuestión será sofocada como manifiestamente infundada o bien será mirada con buenos ojos y acompañada con todos los honores hasta la Corte Constitucional, según las preferencias políticas del juez. Y no se quiere decir con ello que las preferencias políticas del juez puedan corresponder siempre con las predominantes ante la Corte constitucional; de manera que podrá ocurrir que en su decisión preliminar el juez actúe de manera diversa, en el sentido de rechazar inmediatamente la prejudicial o de abrirle el paso hacia la Corte, según las previsiones que haga acerca de los humores políticos predominantes en aquel momento en la Corte misma.”

f. Politización ficticia de la legitimidad constitucional de las leyes:

“V. Este peligro de infiltraciones políticas en la justicia será tanto más grave en cuanto ocurrirá ciertamente que contra determinadas leyes de más amplia resonancia política (como podrían ser las leyes limitadoras del derecho de huelga) las corrientes de oposición plantearán desde el día de su publicación, la acusación genérica de inconstitucionalidad: entonces, no estando previsto ningún medio para investir directamente de la cuestión a la Corte Constitucional, sucederá que, a iniciativa de algún partido, se crearán las circunstancias concretas para hacer surgir especialmente un proceso en el que la cuestión pueda ser planteada, y de allí ser transmitida a la Corte Constitucional. Se tendrán, pues, procesos ficticios, creados como expediente obligado para abrir el paso a un debate político ante la Corte: y el juez que se dé cuenta de ello, podrá también negarse a este juego, y no se podrá impedir que, al determinar su comportamiento en contingencias similares, tengan algún peso sus simpatías políticas.”

g. Ilegitimidad constitucional de la ley “no tendrá nunca relevancia” prejudicial en la causa seguidamente el juez a quo en que deba aplicarse:

“VI. Pero las dudas no se detienen aquí; la más grave la he dejado para el último lugar. Esta especie de servicio de antecámara que el proceso debería ejercitar frente a la Corte Constitucional, está todo él fundado sobre el presupuesto de que en el proceso exista una parte que tenga interés en plantear la prejudicial de ilegitimidad constitucional, en cuanto sepa que la resolución de ella tendrá relevancia concreta sobre la decisión de su causa.”

La cuestión de inconstitucionalidad en Italia actualmente, sea motivada de oficio o a petición de parte, se traduce en un auto de remisión del juez a quo, el cual es recepcionado por el Presidente de la Corte Constitucional y le confiere publicidad, a fin

de permitir la suspensión de la aplicación de las normas impugnadas. El auto de remisión fija los términos de la cuestión y la Corte Constitucional establece (ley N°87 de 1953 y art. 134 de la Constitución de 1947) su "importancia determinante": vínculo entre la instancia principal y la instancia incidental, es decir, la "relevancia" de modo que el proceso no pueda ser zanjado independientemente de la resolución del asunto de legitimidad constitucional; y la "no manifiesta falta de fundamento", es decir, que la cuestión cumpla requisitos que le confieran apariencia de seriedad y fundamento.

#### IV. CONCLUSIONES

En esta ocasión hemos abordado la génesis del consenso constitucional en torno a la inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad, propuesta por el Senado y en actual segundo trámite en la Cámara de Diputados, que refleja un *mixtum compositum*, es decir, un instituto híbrido de acción-excepción de control concreto de constitucionalidad, que contiene grandes avances pero que no escapa a severas críticas y problemas. Tal híbrido tiene un desdibujado antecedente en la malograda propuesta de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución y Consejo de Estado, en la fase de génesis de la Constitución.

En cuanto a los avances que este instituto híbrido inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad representa en relación al instituto de la acción de inaplicabilidad, es menester señalar lo siguiente:

- a. La derogación del artículo 80 de la Constitución, que instituye la acción de inaplicabilidad, es reflejo de la precariedad o menesterosidad que esta garantía ha significado en materia de control de constitucionalidad de la ley.
- b. El instituto híbrido de inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad comprende los vicios de constitucionalidad de forma, fondo y debemos entender también de competencia, es decir, pone fin a la automutilación jurisprudencial que lastra la acción de inaplicabilidad; fijando una amplio abanico de vicios de legitimidad de preceptos legales. Además queda abierta la puerta para comprender en esta vía la inconstitucionalidad de leyes y la inconstitucionalidad sobrevinida de leyes preconstitucionales.
- c. La inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad puede ser planteada en todo litigio, conflicto o asunto ("gestión") que se siga ante un "tribunal ordinario o especial"; y que permite con ello no sólo diversificar las hipótesis o vías a través de las cuales se acceda al Tribunal Constitucional sino que también este órgano devenga en un supremo guardián de la Constitución al ejercer un control concreto de constitucionalidad cuyas decisiones o sentencias obligan a todos los tribunales de la Nación que integran el Poder Judicial y a

la Justicia Electoral. Incluso más podrían quedar comprendidos todos los tribunales del Estado.

- d. Finalmente, la reforma constitucional en trámite cierra el control de constitucionalidad: abstracto y concreto, preventivo y represivo, preceptivo y facultativo, estableciendo una concentración y monopolio del contencioso constitucional en el Tribunal Constitucional; poniendo fin a desviaciones jurisprudenciales y doctrinales que pretendían admitir un control difuso de constitucionalidad, que quebraba el principio de seguridad jurídica y el instituto de la casación. El Tribunal Constitucional es el órgano más idóneo por su status para conocer y resolver los conflictos constitucionales. Con ello habrá una "idea de Constitución", del punto de vista hermenéutico que se impondrá lentamente en la Judicatura y en los operadores del derecho. Asimismo, el control concreto de constitucionalidad sitúa al Tribunal Constitucional en una posición de preeminencia sobre los tribunales de la nación, sea por su jurisprudencia y doctrina jurisprudencial que conlleva una decisión de inaplicación con alcance y relevancia para la gestión en que se plantea de preceptos legales; sea además por que el Tribunal está llamado por esta vía indirecta a dar tutela extraordinaria a derechos fundamentales, cuando los "preceptos legales" se opongan a la parte dogmática de la Constitución.
  - e. Para concluir el control concreto de constitucionalidad en esta sede de inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad permite que el derecho asimile la evolución de la sociedad, al admitir un control permanente y actual, que comprende también de modo indirecto la defensa permanente de los derechos fundamentales.
- Asimismo, el consenso constitucional aquilatado en el Senado y recogido en la reforma constitucional en trámite presenta un amplio abanico de críticas, a saber:
- a. El Constituyente opta por un instituto híbrido inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad, desestimando el texto contenido en el proyecto de reforma de la Concertación de Partidos por la Democracia, que tenía la virtud de separar inaplicabilidad (N°8 nuevo) y cuestión de inconstitucionalidad (N°14 nuevo del artículo 82)
  - b. La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en la inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad produce efectos personales relativos o "inter partes", según la fórmula "en los casos particulares en que se interponga la acción de inaplicabilidad".
  - c. La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad tiene efectos temporales *ex nunc* o *pro futuro*, es decir, es de naturaleza constitutiva y no declarativa; ya que el Tribunal queda facultado para ordenar "la suspensión del procedimiento".

d. Para superar el efecto personal inter partes de la sentencia recaída en inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad se establece que con “tres fallos uniformes, el Tribunal, por los dos tercios de sus miembros, en pleno, de oficio o a petición de partes, declarará la inconstitucionalidad del precepto legal respectivo, con efectos generales”. Asimismo, la acción puede ser impetrada de oficio por el tribunal o a petición de parte y la declaración de inconstitucionalidad de efecto personal erga omnes tendrá acción pública para requerir al Tribunal Constitucional.

Este instituto híbrido por una parte establece un control concreto de constitucionalidad, pero sacrifica el principio de seguridad jurídica y el principio de igualdad constitucional, como ya se advirtió en el debate habido en el Senado sobre este punto.

e. En efecto, la sentencia de inconstitucionalidad recaída en inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad abre un paréntesis en relación a la ley impugnada, de funestas consecuencias para los destinatarios de la norma y para las relaciones jurídicas generadas al amparo de ésta. En el fondo, el instituto híbrido de inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad no sólo está quebrando los principios de la seguridad jurídica y de igualdad constitucional, sino que está quebrando el concepto material de ley, todo en tensión dialéctica con el Estado de Derecho. En efecto el concepto material de ley es una exigencia constitucional, al menos en materia de derechos fundamentales clásicos, es decir generalidad, abstracción, certeza y obligatoriedad son características propias de la norma legal; que queda en suspenso frente a una sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional con cosa juzgada de inaplicación y efecto personal relativo o inter partes.

f. Además, la estructura misma de la sentencia del Tribunal Constitucional: ratio decidendi, obiter dicta y decisum nos plantea en definitiva el problema del contenido de lo fallado por el Tribunal y que concierne a la legitimidad constitucional de la ley. Por tanto, articular fallos uniformes es una tarea hermenéutica de envergadura, más aún cuando en el control concreto de constitucionalidad se plantean diversas fuentes legales —normas decisoria litis— para resolver un litigio, conflicto o “gestión”.

g. Finalmente, no está demás destacar como lo hace Calamandrei que el instituto híbrido de inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad plantea el problema de la contaminación del Tribunal Constitucional (salas y pleno) con intereses particulares, que pueden llevar a poner en tela de juicio su legitimidad. En efecto Calamandrei nos ofrece un catálogo de problemas o críticas, en gran medida válidas para este híbrido, a saber: merced la “simbiosis” de Judicaturas (Poder Judicial- Tribunal Constitucional), los litigantes

abusarán de la puerta abierta que es la “gestión” o del “portero” que es el tribunal ordinario o especial, para vía prejudicial de ilegitimidad constitucional de “preceptos legales” y ganar un mecanismo dilatorio consistente con los intereses de parte. Además no se establece un resguardo procesal para el “portero” o para el Tribunal Constitucional, para que más allá del examen de admisibilidad formal pueda declarar *ictu oculi* la prejudicial como “manifiestamente infundada” a partir de criterios o reglas uniformes, y tal ausencia expone al Tribunal Constitucional a una sobrecarga de ingresos o “inflación de causas”, parecida pero guardando las distancias, a la sobrecarga de amparos en los tribunales de filiación europeo continental. Asimismo, la dualidad de Judicaturas para la inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad somete al “portero” (tribunal ordinario o especial) al peligro de infiltraciones políticas de la mano de litigios o gestiones ficticias en natural tensión con “jueces burócratas” (Cappelletti) o simplemente inclina a los “jueces burócratas” a un activismo en tensión con un Estado de Derecho y democracia republicana.

Por todo ello nos inclinamos desde una aproximación de *constitutione ferenda* por separar los institutos de la inaplicabilidad y de la cuestión de inconstitucionalidad; suerte que, la declaración de inconstitucionalidad, se produzca vía acción de inconstitucionalidad y vía cuestión, concierna a un control concreto que supere los peligros de quiebra de los principios de seguridad jurídica, igualdad constitucional y concepto material de ley, por el camino de dotar a la sentencia de una autoridad de cosa juzgada cuyo contenido sea de “legislador negativo”, con efectos temporales *ex nunc* y efectos personales erga omnes. De este modo el otro peligro de infiltraciones políticas en la “simbiosis” de Judicaturas y de contaminación del Tribunal Constitucional con interés de partes privadas queda reducido razonablemente, ya que las infiltraciones políticas o de intereses de parte privadas, afectan en menor medida la legitimidad misma del Tribunal Constitucional cuando la sentencia tiene efectos “inter partes” y por el contrario cuando la sentencia tiene efecto “erga omnes” la contaminación impregnada en la declaración de inconstitucionalidad puede lesionar severamente la legitimidad del órgano.

Así, finalmente el Tribunal Constitucional, gozando de una cierta preeminencia en los órdenes jurisdiccionales, se erige en un efectivo custodio de la Constitución concentrando las competencias del proceso constitucional por una parte, y orientando jurisprudencialmente a los tribunales superiores que integran el Poder Judicial en la guarda de la Constitución a través del proceso de amparo ordinario de derechos fundamentales. La “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” permitirá la “acción combinada de dos monopolios: el de administrar justicia a favor del Poder Judicial y el del control de constitucionalidad a favor del Tribunal

Constitucional" (Pérez Royo), y por ende, salvar la sujeción al principio de legalidad de la Judicatura, permitiendo a los tribunales ordinarios y especiales, administrar justicia sobre la base de "normas inequívocamente constitucionales".<sup>91</sup> En este carril el instituto de la cuestión de constitucionalidad adquiere su sentido, que no es la verificación de una "depuración abstracta" del ordenamiento, que compete al Legislador o el control abstracto que verifica el Tribunal Constitucional, sino suministrar un instrumento que: a) "resuelva la situación contradictoria" en que puede encontrarse el juez que debe obedecer a la ley y a la Constitución. La solución reside no en el reconocimiento de una facultad de inaplicación por parte del juez de la ley (facultad de la que sí dispone el Juez ante leyes preconstitucionales inconstitucionales) pues ello generaría en una situación de inseguridad jurídica, sino en el establecimiento de la obligación, *sponde sua* o a instancia de parte, de dicho juez (o tribunal) de plantear la cuestión de inconstitucionalidad; y b) "posibilite la oportunidad de una depuración dinámica", esto es adaptada a las cambiantes condiciones sociales, del ordenamiento" (S.T.C. español 17/1981).

En suma, la cuestión de inconstitucionalidad es un "mecanismo de conexión entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional", en la que el Tribunal Constitucional en vigor no se enfrenta directamente con el Legislador y a los órganos legitimados; sino que se enfrenta a un auto de remisión de un tribunal que debe estar fundado y justificar la relevancia del contencioso constitucional; gozando el Tribunal de un abanico de opciones frente a la materia: admisión, rechazo y declaración de inconstitucionalidad; operando fácticamente esta vía como un cuasi amparo, ya que se debate la "mayor parte de las veces" infracciones al principio de igualdad, derecho a la tutela judicial efectiva, derechos fundamentales y principios constitucionales.<sup>92</sup>

<sup>91</sup> Pérez Royo, Javier: "Curso de Derecho Constitucional" M. Pons, 6ª ed, Madrid, 1999, pag. 920. Idem Antonio Torres del Moral: "Principios de Derecho Constitucional español", 4ª ed. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho U. Complutense, Madrid, 1998, pags. 805-809.

<sup>92</sup> Pérez Royo, J.: "Tribunal Constitucional y separación de poderes", Edit. Tecnos, Madrid, 1988, pag. 87-94.

### III. SENTENCIA CONSTITUCIONAL

#### I. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (")(")

##### I. PROLEGÓMENOS

La sentencia del Tribunal Constitucional, en la medida que conecta la Jurisdicción Constitucional y la Hermenéutica Constitucional, es un tema monográfico capital del Derecho Procesal Constitucional. En otros lugares hemos abordado la cuestión relativa al tipo de sentencias y los límites de los Tribunales Constitucionales para hacer frente, dada su delicada o precaria legitimidad, a la heterocomposición de conflictos políticos, ante lo cual los métodos de interpretación de la Constitución es una cuestión basal.<sup>93</sup>

En este lugar, me limitaré a un examen sumario y crítico del nuevo artículo 83 (actual artículo 94 según texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile contenido en D.S. N° 100, 17 de septiembre de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia) incorporado por la reforma constitucional promulgada por Ley N° 20.050, ya que en lo que atañe al control de constitucionalidad de la ley y actos estatales normativos, la sentencia es una forma de creación de Derecho.

Ciertamente, la sentencia del Tribunal Constitucional emite un juicio acerca de la validez o legitimidad constitucional de la ley y actos normativos pasibles en un contencioso, y pone al Tribunal ante el "mighty problem", es decir, el problema de su

Francisco Zúñiga Urbina, profesor de Derecho Constitucional.

<sup>93</sup> Ponencia a Seminario "Tribunales Constitucionales de América del Sur", panel "Las Sentencias Constitucionales. Tipologías y Efectos", 9 y 10 de Diciembre de 2004, Centro de Estudios Constitucionales. Trabajo corregido y puesto al día.

<sup>94</sup> Zúñiga U., F.: "Elementos de Jurisdicción Constitucional", Edic. U. Central, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2 vol, Sgo. 2002. Idem del autor "Tendencias contemporáneas de la Interpretación Constitucional"; en libro colectivo: "Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos", Edit. Jurídica, Sgo; 1992.; C.S. Nino: "Fundamentos de Derecho Constitucional", Edit. Astrea, 2ª reimp., Buenos Aires, 2002, pág. 673-706. Un texto muy valioso en nuestra lengua: de Enrique Alonso García: "La Interpretación de la Constitución", Edit. CEC, Madrid, 1984, en especial pp. 1-29, pp. 517-568. Además Raúl Canosa Usera: "Interpretación Constitucional y Fórmula Política", Edit. CEC, Madrid, 1988, en especial pp-43-55; y pag.244 y ss.

legitimidad y sus límites; ya que el juez deviene en antagonista de los poderes normativos del Estado en general y en particular del Legislador.<sup>94</sup> Este es un tema —el de la legitimidad— no resuelto en la teoría-praxis de la democracia constitucional contemporánea, sólo atemperado por la evidente necesidad de un sistema de Jurisdicción Constitucional, que a pesar de la quiebra de la separación de poderes, salvaguarde el Estado de Derecho y a la Constitución como subsistema normativo iusfundamental.

En las coordenadas del sistema europeo continental de Jurisdicción Constitucional, y encuadrado tradicionalmente en el modelo concentrado, la Constitución es un subsistema normativo supremo y estable, cuya guarda compete a un Tribunal Constitucional que es considerado un “legislador negativo” o “destructor de leyes”; más precisamente “la anulación de una ley tiene el mismo carácter general que la promulgación de una ley. La anulación es sólo una promulgación precedida de un signo de negación” (Kelsen).<sup>95</sup> El “legislador negativo”, que posee como expresión de Kelsen un sentido figurado, no es en realidad más que una consecuencia del “principio de jerarquía normativa en cuanto se hace valer mediante un control jurisdiccional de la adecuación de las normas inferiores a las superiores” (I. de Otto).

A nuestro juicio la inconstitucionalidad de actos estatales normativos en general y de la ley en particular, es una especie dentro de un género: las nulidades como infracción al principio de juridicidad; que en este caso es la infracción a la Constitución como subsistema normativo; todo en los términos previstos en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República (C.P.R.). Tales nulidades encomendadas a las jurisdicciones del Estado constituyen una formidable garantía jurídica de un Estado de Derecho (Jellinek), de suerte que el propio ordenamiento jurídico salvaguarde las condiciones de validez de su producción, cuyo tronco es la Constitución como fuente de poderes normativos (Kelsen).

La Jurisdicción Constitucional en su dimensión de control de constitucionalidad de actos normativos es un control abstracto por excelencia, y la sentencia estimatoria una “decisión casacional” que anula el acto normativo (total o parcial), mediante una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (efecto o cualidad de inmutabilidad e inimpugnabilidad), con efecto temporal *ex nunc* y efecto personal *erga omnes*. La nulidad del acto normativo derivada de su inconstitucionalidad no es de pleno derecho, sino anulación mediante una sentencia constitutiva, que fundada en las exigencias de

<sup>94</sup> Rubio Llorente, Francisco: “La Jurisdicción Constitucional como forma de Creación de Derecho”, en “La Forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)”, Edit. CEC, Madrid, 1993, pag. 495-536. También Mauro Cappellotti: “The ‘mighty problem’ of Judicial Review”, en 53 Southern California Law Review (1980), pag. 404 y ss.

<sup>95</sup> Kelsen, Hans: “Teoría Pura del Derecho” (Trad. R. J. Vernengo, de la 2ª ed. vienesca), Edit. Porrúa, Idem “Teoría General del Derecho y del Estado” (Trad. E. García Maynez), Edit. UNAM, México DF, 3ª ed., 1969, pag. 186 y ss. Además el texto clásico del maestro vienes “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)” en recopilación “Escritos sobre la Democracia y el Socialismo” (a cargo de J. Ruiz M.) Edit. Debate, Madrid, 1988. De G. Jellinek “Teoría General del Estado” (estudio y trad. F. de los Ríos) Ed. Albatros, Buenos Aires, 1970, pp. 593 y siguientes. También de Ignacio de Otto Pardo: “Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes”, Edit. Ariel, 1ª ed., Barcelona, 1987, pag. 284-303.

seguridad jurídica y de sistema de normas, permite expulsar pro futuro el acto normativo del ordenamiento jurídico. Análogo alcance tiene la sentencia “interpretativa de rechazo” que interpreta conforme a la Constitución el acto normativo impugnado; declarando a contrario sensu inconstitucionales otras opciones interpretativas, aproximándose el Tribunal Constitucional a un “legislador positivo”.

A su vez la sentencia desestimatoria de la acción de inconstitucionalidad (control abstracto) nada agrega a la presunción de legitimidad constitucional de la ley en particular y del acto normativo en general, la *res iudicata*, sólo impide reponer el contencioso constitucional para re-impugnar la validez de este acto estatal.

Finalmente, cabe precisar que la sentencia del Tribunal Constitucional en el sistema europeo continental de Jurisdicción Constitucional es más compleja hoy, y se aleja en parte o abre matices a la fundamentación teórica de Kelsen antes resumida; sea por la importancia creciente de la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho, sea por la recepción del control concreto y del amparo constitucional; que establece una ligazón entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, en especial.

En palabras de Rubio Llorente: “Si la anulación del enunciado legal, en su totalidad o en parte (incluso cuando la anulación parcial constituye realmente una manipulación) no significa otra cosa que la actuación, junto al legislador positivo, de un legislador negativo (en la manipulación vergonzosamente positivo también), la invalidación de normas que las reglas habituales de interpretación e integración permiten reducir de disposiciones legales cuya validez, sin embargo, se mantiene, establece una disociación total entre las leyes y los contenidos normativos efectivamente vigentes. Esta disociación llega como es evidente al máximo en el uso frecuente de las sentencias interpretativas desestimatorias, con independencia de que en el fallo de ellas se haga o no referencia... a las normas que lo fundamentan. Si se parte, como es la doctrina más generalizada en Alemania, de la idea de que la fuerza vinculante de estas razones, su *Bindungswirkung* opera sólo sobre órganos administrativos o judiciales del Estado, en tanto frente a los ciudadanos sólo tiene efectos generales (*Gesetzkraft*) lo que en el fallo se diga, esta disociación de origen a una escisión del ordenamiento en dos cuerpos distintos: uno, el derecho común de los ciudadanos, otro el derecho de los operadores jurídicos, cuya conexión no resulta fácil de establecer. Si por el contrario se entiende, como es tal vez más razonable, que “efectos generales frente a todos” (*Gesetzkraft*) y “fuerza vinculante” (*Bindungswirkung*) son fórmulas que tienen un mismo significado y que difieren sólo por hacer referencia a loci distintos de la decisión judicial, esa escisión no se produce, pero nuestro Derecho se convierte de manera creciente en un “derecho de juristas” cuya ignorancia resultará cada vez más difícil no aceptar como excusa de su cumplimiento”.<sup>96</sup>

<sup>96</sup> Rubio Llorente, F.: “Ob cit.,” pag. 335-536.

## II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La sentencia constitucional merece un estudio monográfico que con un adecuado marco teórico comprenda su naturaleza de creación negativa de derecho, en referencia al proceso constitucional y a contenciosos específicos; tipos diversos, efectos personales y temporales, y autoridad de cosa juzgada. En este apartado nos limitaremos a recoger algunas apostillas o notas sobre la configuración de la sentencia constitucional, sus efectos materiales, personales, temporales y tipos de sentencia, para continuar con un examen sumario y crítico del artículo 83 nuevo (actual artículo 94) contenido en la reforma constitucional de 2005.

Con esclarecimiento ha sostenido el jurista español Angel Garrorena que la sentencia constitucional es "acto procesal, decisión de un colegio de jueces que pone término a un proceso ...Pero además es también, y en un grado eminente, actividad dirigida a la interpretación e integración creadora del derecho ...Y desde luego, en tercer lugar, la sentencia constitucional es todavía algo más: es, indefectiblemente, decisión política..., acto de un poder en dialéctica con los demás poderes del Estado".<sup>97</sup> De esta suerte, se produce en el estudio de la sentencia constitucional una imbricación de disciplinas científicas, a saber: el Derecho Procesal, el Derecho Constitucional y la Ciencia Política; imbricación que da origen a una nueva disciplina: el Derecho Procesal Constitucional.

En este contexto, parece correcta la premisa teórica de Bocanegra en orden a que el Derecho Procesal Constitucional se "resiste a recibir los principios y los desarrollos procedimentales concretos del proceso general, sin pasarlos por el tamiz de los criterios materiales del Derecho Constitucional y sin valorar adecuadamente aquella posición constitucional del Tribunal y sus funciones resultando así el proceso constitucional con características básicamente diferentes a las de los procesos ordinarios, también, como es lógico, en relación con los efectos de los mismos que se concretan en la atribución a la ley, sentencias constitucionales de una eficacia mayor, en general, que la correspondiente a la cosa juzgada en el proceso ordinario, dando lugar a la creación de categorías jurídico procesales diversas".<sup>98</sup> De esta manera, los conceptos de fuerza o cosa juzgada (Rechtskraft), vinculación de ley (Bindungswirkung) y fuerza de ley (Gesetzeskraft); si bien no son categorías contingentes, sino cualidades o categorías lógicas, deben ser pasadas por el tamiz del ordenamiento jurídico positivo, para dar cuenta de su adecuación teórico práctica, tarea que en este lugar nos limitamos a enunciar.

<sup>97</sup> Garrorena Morales, Angel: «La Sentencia Constitucional». Revista de Derecho Político Nº 11, UNED, Madrid, 1981. Pág. 7-27. También Juan Colombo C.: "Las sentencias constitucionales: tipología y efectos" en VVAA, "Jurisdicción Constitucional en Chile y América Latina: Presente y Prospectiva" Edit. Lexis Nexis, Santiago, 2005, págs. 263-291. Del mismo autor "El Conflicto Constitucional. Competencia del Tribunal Constitucional para su solución" Revista de Derecho Público Vol. Nº 61, U. de Chile, 1998-1999, págs. 47-68.

<sup>98</sup> Bocanegra Sierra, Raúl: «El Valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional» IEAL, Madrid, 1982. Pág. 21. De Juan Colombo C. "Funciones del Derecho Procesal Constitucional" Revista Ius et Praxis Nº 2, año 8, U. de Talca, 2002, págs 11-69.

En este apartado nos parece provechoso recoger el enfoque teórico propuesto por Garrorena acerca de la sentencia constitucional que hace converger cuatro principios fundamentales: congruencia, motivación, decisión colegial y eficacia.

Conforme al principio de congruencia la sentencia del Tribunal Constitucional debe ser congruente, es decir, mantener y respetar la correspondencia entre "demanda" y "pronunciamiento", fallando según causa petendi, y no ultra petitem o extra petitem. No transgrede este principio de congruencia, la técnica de Tribunales Constitucionales de extender el control de constitucionalidad a normas no impugnadas, pero cuya inconstitucionalidad se deduce limpiamente como consecuencia o prolongación de la inconstitucionalidad de las que sí se impugnaron.<sup>99</sup> Para Garrorena la única "derogación o negación del principio de congruencia que debe admitirse afecta a la causa petendi -no al contenido y extensión del petitem- se funda en el "interés público" que el proceso constitucional comporta, y que permite al Juez constitucional fundamentar la sentencia en consideraciones diferentes a las alegadas en el petitem, sustrayéndose a la causa petendi. Con todo, reconoce Garrorena la tendencia de los Tribunales Constitucionales a fallar extra petitem.

Por otra parte el principio de motivación, nos reconduce al tema de los vicios de inconstitucionalidad, es decir, qué vicios permiten fundamentar la sentencia de que la ley o un acto normativo son inconstitucionales. Los vicios de inconstitucionalidad se clasifican usualmente en: a) vicio de inconstitucionalidad material o sustantiva consistente en la inadecuación entre el acto sometido a control y el contenido sustantivo de preceptos constitucionales; b) vicio de inconstitucionalidad por defecto de competencia, que se produce cuando un órgano actúa ultra vires de sus atribuciones constitucionales e invadiendo atribuciones de otros órganos; c) vicio de forma o in procedendo, que se produce por defectos en el iter legis o procedimiento legislativo, modalidad de vicios de inconstitucionalidad que plantea la cuestión de la justicia-bilidad de los interna corporis, como el Reglamento Parlamentario y demás actos parlamentarios, y del bloque de constitucionalidad, temas inabordables en esta monografía; d) vicios producidos en el ámbito de la actividad discrecional del Poder Legislativo, determinación de vicios de inconstitucionalidad que introduce al Tribunal en una "pura jurisdicción de mérito u oportunidad", espinoso campo es la valoración política, que es racionalizado por los Tribunales Constitucionales a través de categorías o principios, a saber: principio de proporcionalidad de medios o fines, principio de interdicción de la arbitrariedad, vicio de inconstitucionalidad por exceso de poder legislativo, entre otros, que trasuntan el influjo de categorías del Derecho Administrativo en la hermenéutica constitucional; e) vicios por omisión es decir, la actividad

<sup>99</sup> Garrorena, A.: Ob. cit. pág. 9.

del Tribunal como legislador positivo al establecer la inconstitucionalidad por omisión del legislador, de contenidos normativos relevantes.

El principio de colegialidad nos plantea directamente la cuestión del "status" del Tribunal Constitucional: su agrupación, funcionamiento y estatuto de sus miembros. Para Garrorena a la luz del principio de colegialidad se plantea una postura frente a las "dissenting opinions" u opiniones disidentes (y las prevenciones por cierto); dado que el órgano actúa como colegio de jueces. "La alternativa, desde luego, —indica el jurista murciano— está francamente resuelta a favor del dissent en la jurisprudencia constitucional americana, dado que tal posibilidad es uno de los datos más definitorios, más genéricamente constitutivos, de la tradición jurídica anglosajona (...). El problema es mucho más complicado, en cambio, en los países de tradición continental, donde se ha difundido siempre la más anónima colegialidad como garantía de respaldo compacto y firme para las sentencias".<sup>100</sup> El "dissent" podría comportar la división del Tribunal o poner en evidencia su politización, cuestión irrelevante dado que el Tribunal opera con cuestiones profundamente políticas, y las disidencias o prevenciones son muestra de la pluralidad de un órgano que enriquecen su legitimidad y enriquecen la jurisprudencia y doctrina constitucional. Un botón de muestra fueron las disidencias notables del ex magistrado Francisco Rubio Llorente en el Tribunal Constitucional español. En nuestro ordenamiento el artículo 31, inciso segundo de la Ley N° 17.997 orgánica constitucional del Tribunal Constitucional permite a los ministros dejar constancia en el fallo de sus disidencias.

Finalmente, el principio de eficacia nos sitúa ante la cuestión de los efectos y de la efectividad de la sentencia constitucional. En relación a los efectos personales de la sentencia constitucional, podemos reducir éstos a: efectos *erga omnes* propio del sistema europeo continental de filiación kelseniana, dado que la sentencia tiene una entidad constitutiva; es decir, establece la inconstitucionalidad expulsando la norma del ordenamiento (anulación); y efectos *inter partes* propio del sistema americano, en que la sentencia tiene una entidad declarativa, es decir, la norma impugnada continúa vigente y sólo es declarada inaplicable para el caso particular, y dado el valor del *stare decisis* en el caso norteamericano la declaración del Tribunal Supremo tiene efectos de gran extensión. En relación a los efectos temporales de la sentencia constitucional, podemos reseñar los tipos siguientes: efectos *ex nunc*, es decir, desde ahora y hacia el futuro concordante con la entidad constitutiva de la sentencia propio del sistema europeo continental; sin perjuicio de un efecto aplazado o *vacatio*, técnica que utiliza el Tribunal Constitucional austríaco (art. 140.5 L.C.F.) y que se denomina "sentencias de eficacia aplazada" o "de eficacia retardada"; y efectos *ex tunc*, es decir, efectos hacia el pasado (*pro praeterito*) concordante con la entidad declarativa de la

<sup>100</sup> Garrorena, A.: Ob. cit. pág. 18-19.

sentencia propio del sistema americano, aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo americano ha establecido que estos efectos retroactivos no son necesarios en relaciones jurídicas consolidadas, bajo la ley declarada inaplicable. En cuanto al efecto material de "cosa juzgada" de la sentencia constitucional, tal concepto que tradicionalmente entraña irrevocabilidad de ciertos actos jurisdiccionales o inatacabilidad (J. Guasp), sea material o formal, y demás formas derivadas, no puede ser objeto de traslado mecánico a la Jurisdicción Constitucional. Para cerrar este apartado, es menester señalar que en la utilización de la categoría: efectividad de la sentencia constitucional, Garrorena plantea problemas de diverso contenido: ejecución material de la sentencia, reorientación en sentido constitucional del ordenamiento jurídico y la "interpretación más vinculante" para los demás aplicadores del Derecho. Así, la proliferación de sentencias interpretativas y exhortativas, comunes hoy en nuestra jurisprudencia son un botón de muestra de las herramientas que utiliza el Tribunal Constitucional para reforzar la efectividad de sus sentencias.

Para concluir este apartado sólo nos resta reiterar la idea de que la sentencia del Tribunal constitucional es una fuente de derecho peculiar, por una parte su *decisum* revestido de cosa juzgada al declarar inconstitucional una norma —control de normas—, la anula expulsándola del ordenamiento jurídico, conservando la Constitución su supremacía e integridad, y con ello las líneas de demarcación que ésta traza para los poderes normativos constituidos; y al mismo tiempo su *ratio decidendi* y *obiter dicta* configuran una doctrina jurisprudencial.<sup>101</sup>

### III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL HOY

En relación a la sentencia constitucional en nuestro ordenamiento jurídico podemos compendiar principios - reglas generales recogidos en el art. 94 de la Constitución Política de la República y fragmentariamente en preceptos de la Ley N° 17.997 orgánica constitucional del Tribunal, a saber:

1. El Tribunal Constitucional es un órgano jurisdicтор que funciona en pleno y en sala, que falla con arreglo a derecho y tratándose de contenciosos (art. 93 N° 10 y 13 C.P.R.) o consultas (art. 93 N° 11 C.P.R.) podrá apreciar los hechos en conciencia de modo excepcional. El funcionamiento en pleno tiene un quórum de sesiones de a lo menos ocho de sus miembros y en sala de a lo menos cuatro de sus miembros; y adoptará sus acuerdos por el quórum ordinario de simple mayoría, salvo en los casos en que se exija un quórum diferente (art. 92 inciso 5° C.P.R.). Tratándose de la inaplicabilidad, este

<sup>101</sup> Pérez Royo, Javier: "Las Fuentes del Derecho", Edit. Tecnos S.A., Madrid, 1ª ed. 1988, 2ª reimp., 1991, pag. 48-55.

- control concreto y represivo deberá ser acordado por el quórum calificado de la mayoría de los miembros en ejercicio del pleno, y de la cuestión de inconstitucionalidad, este control abstracto y represivo deberá ser acordado por el quórum calificadísimo de cuatro quintos de sus miembros en ejercicio (Art. 93 N° 6° y N° 7° C.P.R.).
2. Las sentencias del Tribunal Constitucional deberán cumplir con las menciones o requisitos de los N° 1° a 6° inclusive del art. 170 del Código de Procedimiento Civil; dejando constancia de disidencias (art. 31, Ley N° 17.997).
  3. La sentencia del Tribunal Constitucional es sentencia de única instancia, siendo el órgano jurisdiccional supremo intérprete de la Constitución, autónomo e independiente de todo otro órgano o poder (art. 94 inciso primero, Constitución Política de la República; art. 1° y 32, Ley N° 17.997).  
Contra la sentencia del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, pudiendo el órgano jurisdiccional, de oficio o a petición de parte, modificar sus resoluciones si se hubiere incurrido en error de hecho que así lo exija. La modificación a petición de parte, deberá plantearse dentro del plazo de 7 días contados de la notificación de la resolución, pronunciándose el Tribunal de plano. Dado que el art. 94 Constitución Política de la República se refiere a "resoluciones" del Tribunal en nuestro medio Gómez estima que con dicho concepto sólo se hace referencia a sentencias.<sup>102</sup> Sin embargo, cabría interpretar el concepto "resoluciones" como englobante de sentencias, autos (en especial los autos de admisión e inadmisión y autos recaídos en suspensión de procedimiento de las salas del tribunal), decretos, puesto que los miembros del Tribunal son irresponsable por decisiones, decretos e informes que expidan (art. 11 Ley N° 17.997), no pudiéndose plantear cuestión de competencia del Tribunal (art. 18 Ley N° 17.997). Por tanto el art. 94 de la Constitución como el art. 32 de la Ley N° 17.997 al referirse a resoluciones, y para guardar armonía con el status del Tribunal deberán comprender una amplia gama de actos jurisdiccionales y procesales.
  4. La reforma constitucional, junto con aumentar el número de jueces que integran el Tribunal Constitucional (de 7 a 10 ministros), hace un distinguido capital entre órgano plenario y sala, para los efectos de su competencia. Por regla general las atribuciones del Tribunal pertenecen al órgano plenario, sin perjuicio del importante rol que le cabe a las salas (1ª y 2ª) en el juicio de admisión y suspensión del procedimiento en las acciones de inaplicabilidad

<sup>102</sup> Gómez B., G.: "Control de Constitucionalidad y Tribunal Constitucional", en "Estudios sobre Jurisdicción Constitucional", UDR, Cuaderno de Análisis Jurídico N° 31, Stgo. 1996, pag. 197-198

- y en la admisibilidad en las atribuciones: control de autos acordados cuando fuere requerido por parte, contencioso sancionatorio de protección de la democracia constitucional e inhabilidades constitucionales y legales de ministros de Estado (art. 93 N° 2°, N° 10° y N° 13° e inciso final C.P.R.). En estos casos el auto de admisión e inadmisión es equivalente a una sentencia interlocutoria que hace tránsito a cosa juzgada.
5. La sentencia del Tribunal Constitucional es fruto de declaraciones de inconstitucionalidad formal, competencial y de materia, inconstitucionalidad total y parcial, sin perjuicio de la peculiar inaplicabilidad, manifestaciones que permean el contenido de la resolución y las técnicas que emplea el Tribunal en sentencias estimatorias (y también en sentencias interpretativas y sentencias manipulativas). Este contenido o efecto material de la sentencia, tiene una directa relación con la cualidad o autoridad de cosa juzgada (inmutabilidad e inimpugnabilidad de la sentencia), ya que esta es modulada en razón del tipo de competencia en que recae la decisión del Tribunal Constitucional.
  6. La sentencia del Tribunal Constitucional goza de autoridad de cosa juzgada, tratándose de la sentencia estimatoria. El primitivo artículo 83 inciso final de Constitución Política de la República antes de la reforma constitucional de 2005 disponía que resuelto por el Tribunal Constitucional que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema (órgano que también era parte del sistema Justicia Constitucional) no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia. Esta norma constitucional debía ser interpretada a contrario sensu. Tal autoridad de cosa juzgada confirmaba, en el cuadro de dualidad de "jurisdicciones" la superioridad del Tribunal Constitucional en materia de control de constitucionalidad y conflictos de constitucionalidad. En este campo Verdugo y Pfeffer hacen una aclaración pertinente en orden a no confundir la naturaleza de la decisión del Tribunal Constitucional con la que correspondía a la Corte Suprema, puesto que, "no mediando cuestión ni contienda" el Tribunal Constitucional "declara la constitucionalidad de una ley orgánica constitucional, y no formula reparo alguno sobre la constitucionalidad del proyecto, pareciera lógico y posible impugnar después, ante la Corte Suprema, alguna de sus disposiciones".<sup>103</sup> Esta dualidad de Judicatura Constitucional desaparece con la reforma constitucional de 2005, consolidándose un sistema de Jurisdicción Constitucional concentrado y con monopolio del Tribunal Constitucional, lo que hace innecesarias este tipo de cláusulas.

<sup>103</sup> Verdugo, M. y Otros: "Derecho Constitucional", Edit. Jurídica de Chile, Stgo., 2 vol., tomo II, pag. 259.

En cuanto al comentado primitivo art. 83 inciso final se planteaban a propósito de la cosa juzgada que reviste a la sentencia del Tribunal Constitucional, dos cuestiones de primordial importancia:

- 6.1. La declaración de inconstitucionalidad supone la hipótesis de "vicio" materia de la sentencia. En nuestro medio Verdugo y Pfeffer entienden "vicio" como contienda o cuestión de constitucionalidad y Gómez la "razón o fundamento de la inconstitucionalidad" al establecer una antinomia lógica o axiológica entre Constitución y ley. De esta suerte, planteada en sede de inaplicabilidad otras cuestiones o antinomias no habría dificultad para establecer la inconstitucionalidad de un precepto legal.
- 6.2. La inaplicabilidad como acción, según la jurisprudencia de Corte Suprema sólo conlleva declaración de inconstitucionalidad material o de fondo.
7. Esto significaba que el artículo 83 inciso final reconociendo la coexistencia de controles de constitucionalidad (preventivo y represivo) de la ley, buscaba evitar el conflicto de "juicios" de constitucionalidad del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema; conflicto infrecuente dado que la Corte Suprema se había negado en sede de inaplicabilidad conocer de la inconstitucionalidad de forma. Pero si se modifica por la Corte esta doctrina jurisprudencial, lo que en definitiva nunca llegó a ocurrir, como se insinúa en la sentencia relativa a superposición de pertenencias mineras, la posibilidad de conflicto de "juicios" deja de ser teórica.<sup>104</sup>

En cuanto al efecto material de la sentencia tratándose de control de normas abstracto (preventivo y represivo) este es por regla general la inconstitucionalidad-anulación, y del control concreto y represivo (acción de inaplicabilidad) es de inaplicación del precepto legal impugnado que es derecho material en la gestión seguida ante un tribunal ordinario o especial. Con todo, el control abstracto y preventivo de tratados internacionales, sea obligatorio o facultativo (art. 93 N° 1° y 3° C.P.R.), importa que la sentencia estimatoria del Tribunal impide la promulgación o la aprobación parlamentaria del instrumento, y por ende su incorporación al derecho interno.

Sin embargo, en relación a los efectos personales y temporales de la sentencia del Tribunal Constitucional, cabe hacer algunos distingos:

- 7.1. Por regla general el efecto personal de la sentencia del Tribunal Constitucional es erga omnes o general tratándose de la competencia de control abstracto de constitucionalidad y de la competencia de conflictos de constitucionalidad al menos. En la competencia de inaplicabilidad de control concreto de constitucionalidad el efecto personal es relativo,

<sup>104</sup> Gómez B., G.: Ob. cit. pág. 209-212.

circunscrito a las partes de la gestión que le sirve de hipótesis; en cambio en la cuestión de inconstitucionalidad el control de constitucionalidad se torna abstracto y el efecto personal de la sentencia es erga omnes o general. También el control de constitucionalidad de autos acordados, que puede ser abstracto o concreto, la sentencia tiene efecto personal erga omnes (art 94 inciso tercero y final C.P.R.). En la competencia de conflictos de jurisdicción o "contendias de competencia", negativas o positivas, que se susciten entre autoridades políticas o administrativas y tribunales de justicia el efecto personal de la sentencia es relativo a las partes en contienda (art. 93 N° 12° C.P.R.). En la competencia miscelánea de tipo consultivo el efecto es erga omnes. En la competencia contencioso-sancionatoria, deberá distinguirse en razón de la naturaleza y tipo de infractor (imputado) para definir los efectos: erga omnes e inter partes, y en la competencia miscelánea de tipo contencioso los efectos de la sentencia son inter partes, pero totales por alcance o reflejo de sus efectos a otros órganos constitucionales.

- 7.2. Por regla general el efecto temporal de la sentencia del Tribunal Constitucional es anulatorio (constitutivo) tratándose de control de constitucionalidad en sentido lato, ex nunc o pro futuro, pero cabe hacer en esta materia un conjunto de distingos y la determinación específica de efectos por tipo de competencia y su naturaleza, a saber:

7.2.1. Competencia de control abstracto de constitucionalidad.

Tratándose de un control obligatorio y preventivo, el proyecto de ley total o parcialmente no llega a ser un acto normativo perfecto, válido y eficaz en el ordenamiento jurídico (art. 94 inciso segundo C.P.R.). También se extiende por la reforma constitucional de 2005 este control a las "normas de un tratado que versen sobre materias" de ley orgánica (art. 93 N° 1° C.P.R.). Así el Tribunal al ejercer el control preventivo excluye las normas (proyecto de ley) inconstitucionales remitiendo a la Cámara de origen el proyecto al Presidente de la República para su promulgación (art. 36 Ley 17.997). En cuanto al art. 37 de la Ley N° 17.997 la jurisprudencia del Tribunal ha admitido requerimientos contra proyectos sometidos a control obligatorio. Tal posibilidad es rechazada en nuestro medio por Gómez con razones de peso.<sup>105</sup>

7.2.2. Competencia de control concreto-abstracto de constitucionalidad. La acción de inaplicabilidad, con amplia legitimación procesal

<sup>105</sup> Gómez B., G.: Ob. cit. pág. 200-202.

a las partes e incluso al juez, permite incoar un proceso de control concreto de constitucionalidad de "preceptos legales" que puedan resultar decisivos en la resolución de un asunto, ventilado en una gestión pendiente que debe seguirse ante un tribunal ordinario o especial. La sentencia estimatoria, acordada con el quórum de mayoría de sus miembros en ejercicio, dada la naturaleza declarativa de la acción, tiene efecto temporal *ex tunc* o retroactivo dada su conexión a la gestión pendiente, aunque la Constitución nada dispone en la materia. Incluso más con la admisibilidad de la acción de inaplicabilidad la sala competente del Tribunal puede decretar la medida cautelar de suspensión del procedimiento (gestión pendiente) a fin de evitar que la cosa juzgada emanada de la sentencia del tribunal del fondo pueda ser un impedimento a los efectos *ex tunc* de la sentencia estimatoria de la Judicatura Constitucional. Declarada la inaplicabilidad de un precepto legal, de oficio el Tribunal o en virtud de acción pública, se activa la cuestión de inconstitucionalidad, es decir, un proceso de control abstracto de constitucionalidad. La sentencia estimatoria, acordada con el quórum de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, tendrá efectos temporales *ex nunc* o *pro futuro*, entendiéndose "derogado" el precepto desde la publicación en el Diario Oficial (art. 94 inciso cuarto C.P.R.). También es una competencia de control abstracto-concreto de constitucionalidad, abordada en el apartado siguiente, la relativa a autos acordados de la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones, y la sentencia estimatoria tendrá efectos temporales *ex nunc* o *pro futuro*.

**7.2.3. Competencia de conflictos de constitucionalidad.** Supone hacer un distingo por tipo específico de competencia:

- **Regularidad de procedimiento legislativo** (art. 93 N° 3° y 8° C.P.R.). Es un control facultativo y preventivo que recae durante el iter legis (art. 93 N° 3° C.P.R.) con efecto anulador de la sentencia, y un control facultativo y represivo sobre decreto promulgatorio dictado o su negativa (art. 93 N° 8° C.P.R.) con diversos efectos *ex nunc*.
- **Conflictos de constitucionalidad de actos normativos (DFL o decretos ejecutivos o autónomos)** que emanen del Presidente de la República (art. 93 N° 4° y N° 16° C.P.R.), y el control de constitucionalidad de autos acordados dictados por la Corte

Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones, es un control facultativo y represivo (N°2). Tratándose de los decretos con fuerza de ley el control es represivo, pero si se estima que la toma de razón es un acto trámite que obsta o que resta a la eficacia del acto, es un control preventivo (Verdugo, Pfeffer); y siempre es un control represivo para decretos de ejecución y autónomos (art. 93 N° 16° C.P.R.). En estos casos la legitimación procesal activa es restringida. También el art. 94, inciso tercero (al igual que el primitivo art. 83 inciso segundo) en relación al art. 93 N° 16° genera el problema interpretativo acerca de dejar sin efecto de "pleno derecho" la decretal impugnada, si se trata de un efecto anulador o más bien de nulidad, y por ende, *ex tunc* o retroactivo, tesis que parece, con todos sus inconvenientes prácticos, la más plausible; más aún si se pondera que el Poder Constituyente derivado conservó la fórmula "de pleno derecho".

También el control de D.E.L. puede ser preventivo (art. 93 N° 4° y art. 99 inciso tercero C.P.R.) cuando la Contraloría General de la República representa el acto por inconstitucionalidad al Presidente de la República y este requiere al Tribunal. De esta manera, tenemos la posibilidad de una superposición de controles preventivo y represivo, de decretos con fuerza de ley que en nuestro medio Gómez estima posible.<sup>106</sup>

- **Conflictos de constitucionalidad relativas a convocatoria a plebiscito** (art. 93 N° 5° C.P.R.). Configura un control facultativo y represivo de decreto con efecto *ex nunc*. Conforme al art. 47 de la Ley N° 17.997 el requerimiento del Senado o de la Cámara de Diputados puede estar referido a tres cuestiones de constitucionalidad: procedencia del plebiscito, oportunidad del plebiscito y términos del plebiscito. La sentencia que resuelve que el plebiscito es procedente, debe fijar el texto definitivo de la consulta plebiscitaria, manteniendo o modificando la forma dispuesta en el decreto (art. 129 Constitución Política de la República). De fundarse el requerimiento en la oportunidad: puede referirse a convocatoria o realización del plebiscito. El Presidente de la República debe convocar a plebiscito dentro de los treinta días siguientes a aquel en que las Cámaras rechazan

<sup>106</sup> Gómez B., G.: Ob. cit. pág. 203-205.

el veto e insistan en el proyecto aprobado por ellas (art. 129 inciso primero Constitución Política de la República) La realización del plebiscito debe verificarse no antes de treinta días ni después de sesenta días contados desde la publicación del decreto de convocatoria (art. 129 inciso primero Constitución Política de la República). En este punto G. Gómez se plantea partidario de introducir a la competencia del Tribunal los plebiscitos municipales introducidos por la reforma de 1989 al primitivo art. 107 (actual 118) de la Constitución Política de la República, opinión de la que discrepamos fundados en razones de texto (art. 93 N° 5° y art. 129 Constitución Política de la República) e históricas y dogmáticas (competencia y acción de derecho estricto).

**7.2.4. Competencia de Conflictos de Jurisdicción** (art. 93 N° 12° C.P.R.). La heterocomposición de conflictos de jurisdicción, mal denominados en nuestro medio "contendias de competencia" fue incorporada en su redacción definitiva al catálogo de atribuciones del Tribunal Constitucional a través del veto en su fase de término, coexistiendo con la atribución del Senado en la materia. Se configura esta atribución como contencioso especial, y al igual que las contendias de competencia del Senado (art. 53 N° 3° C.P.R.), su sentencia tiene efecto temporal *ex tunc* o retroactivo dada la ligazón con la causa del conflicto positivo o negativo que el Tribunal es llamado a resolver.

**7.2.5. Competencia Contencioso Sancionatoria.** En atención a la naturaleza punitiva de la acción – procedimiento (art 93 N° 10° C.P.R.) los efectos temporales son *ex nunc* o *pro futuro*, en un caso *erga omnes* (partidos o personas jurídicas) y en otro *inter partes* (personas naturales según art. 70 de Ley N° 17.997). Tratándose de partidos políticos la sentencia del Tribunal que los declara inconstitucionales acarrea su disolución (art. 42 N° 7, de Ley N° 18.603 orgánica constitucional de Partidos Políticos); disolución que se formaliza por medio de la cancelación de su inscripción en el Registro de Partidos Políticos (art. 43), debiendo el Director del Servicio Electoral, una vez publicado en el Diario Oficial el extracto de la respectiva sentencia, proceder de inmediato a cancelar inscripción (art. 44) y sus bienes pasaran al Fisco (art. 45). En relación a personas naturales que hubiesen tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucional-

idad, el Tribunal actúa como órgano de "justicia política" (y no jurisdicтор) imponiendo penas sin gradación o juicio de culpabilidad, sanciones consistentes en suspensión de ciertos derechos políticos (derecho de asociación política, derecho de sufragio, *ius honorum*), imposibilidad de desempeñar cargos públicos que se mencionan en art. 57 de la Constitución Política de la República, pérdida de pleno de derecho de dichos cargos públicos, todo por el plazo de cinco años y sin perjuicio, de elevar al doble dicho plazo en caso de reincidencia (art. 19 N° 15, inciso séptimo y final y art. 16 N° 3 Constitución Política de la República). No procede en estos casos la rehabilitación.

**7.2.6. Competencia Miscelánea.** Debemos distinguir.

- **Competencia miscelánea de tipo contenciosa.** En materia de inhabilidades constitucionales y legales que pudieran afectar a ministros de Estado (art. 93 N° 13° C.P.R.) y de prohibiciones parlamentarias o renuncia del parlamentario (art. 93 N° 14 y N° 15° C.P.R.), dada la naturaleza de estos contradictorios produce efectos *inter partes* y efectos *ex nunc* o *pro futuro*.
- **Competencia Miscelánea de tipo Consultiva** (art. 93 N° 11° Constitución Política de la República). La consulta al Tribunal Constitucional por el Senado es obligatoria, bajo la forma de una petición o requerimiento, pero el informe del órgano jurisdicтор no obstante sus efectos personales, sus efectos temporales son *ex nunc* o *pro futuro*, pero carentes de todo imperio u obligatoriedad para el órgano político que ejerce una atribución de justicia política o moderadora, consistente en declarar la inhabilidad del Presidente de la República o de Presidente electo por impedimento físico o mental (absoluto o que fuere a durar indefinidamente) o declarar la admisibilidad de la dimisión al cargo del Presidente de la República (art. 53 N° 7 y artículos 28 y 29 Constitución Política de la República).

#### IV. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA REFORMA

Resulta menester consignar el texto del nuevo artículo 94 de la Carta Política, resultado en gran medida del veto del Presidente de la República en la fase de término de su tramitación, y que vino a ordenar o sistematizar parcialmente la cosa juzgada

constitucional, el efecto material, efecto personal y efecto temporal de la sentencia del Tribunal Constitucional.

“Artículo 94. Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede, el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido. Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate. En caso del N° 16° del artículo 93, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo. No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4, ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo. Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad respecto de todo o parte de una ley, de un decreto con fuerza de ley, de un decreto supremo o auto acordado, en su caso, se publicarán en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación”.

En cuanto a la historia fidedigna del artículo 94 nuevo incorporado por la reforma constitucional ésta es muy pobre y pletórica en yerros, en cuanto la preceptiva propuesta por las cámaras, y sólo cabe consignar sumariamente las opiniones de los ministros del Tribunal Constitucional señores Valenzuela S. y Colombo C, que se refiere principalmente al cuestión de inconstitucionalidad por el Tribunal y efectos de la sentencia:

“El Ministro señor Valenzuela advirtió que el recurso de inaplicabilidad procedería por razones de fondo y de forma, porque naturalmente la tendencia de la Corte Suprema, que ha sido imposible revertir, excluye la posibilidad del recurso de inaplicabilidad por razones de forma fundándose en que ese órganos no desea entrometerse en labores propias de otro Poder del Estado.

En cuanto a la dictación de una norma legal y posteriormente de otros constitucional que e contraponen –caso conocido como leyes preconstitucionales–. Efectivamente, algunos, y la Corte Suprema en un comienzo, sostuvieron la teoría de que cuando la norma era anterior a la Constitución , ésta última derogaba la norma, pero esa teoría ha ido siendo dejada de lado por la Corte Suprema, cuyo criterio, hoy, es que hay una inconstitucionalidad y no una derogación. A su juicio esta es la correcta doctrina porque la inconstitucionalidad y la derogación son dos institutos jurídicos diferentes y la inconstitucionalidad es siempre previa a la derogación. Para que haya derogación tácita es necesario que dos textos se contrapongan y, desde el momento en que los textos legal y constitucional se contraponen, ya se generó el vicio de inconstitucionalidad. En consecuencia, la

derogación no tiene sentido; hay derechamente una inconstitucionalidad y no una derogación. Informó que el único país donde se ha aceptado el concepto de la derogación en vez de la inconstitucionalidad es Alemania, pero se ha hecho sobre la base de una derogación expresa, porque en la Constitución alemana se estableció una norma para derogar todas las disposiciones legales anteriores a ésta que le fueran contrarias.”

“El Ministro Señor Valenzuela sostuvo que tal norma es limitada y que la posibilidad de que lo planteado ocurra es remota. Ahora bien, añadió, si un Presidente llega a incurrir en la conducta a que se refiere el artículo 19, N°15, al cual alude el artículo 82, N°7, en buena hora que sea destituido porque quiere decir que ese Mandatario no respetará el régimen democrático.

En seguida, planteó algunas modificaciones referidas a los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional que tendrían que adecuarse a las nuevas atribuciones, estos es, la inaplicabilidad que deja sin efecto el precepto sólo para el caso específico y la inconstitucionalidad, que tiene efecto general.

Otra modificación sobre la cual llamó la atención es la referida al caso de los decretos del Presidente de la República, porque el actual texto de la Constitución dice que queda sin efecto el decreto, pero bien puede ocurrir que el Tribunal Constitucional declare inconstitucional un artículo del decreto que se baste así mismo y que sea independiente de las otras normas del mismo. Por ello, propuso una modificación que deja sin efecto la norma del decreto que haya sido declarada inconstitucional. Esto lo sugirió a raíz de una sentencia de la Corte Suprema que, asilándose en el tenor literal del artículo 83, estableció la inconstitucionalidad de todo el decreto.”.

“El Ministro señor Juan Colombo comentó que en el extranjero no se entiende que en Chile exista un Tribunal que tiene el control preventivo y otro que ejerce el control a posteriori, por una serie de razones que ellos se plantean en tesis que felizmente aquí no han ocurrido, como es el caso de posibles choques entre la cosa juzgada de la sentencia del Tribunal Constitucional y la de una sentencia de la Corte Suprema. Se considera que no es compatible un sistema en que tribunales distintos realizan los controles anteriores y posteriores.

Todo esto, prosiguió, conduce necesariamente a pensar que es menester reestructurar la competencia del Tribunal Constitucional para entregarle el conocimiento privativo de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Concordó en que las causales invocadas para la inconstitucionalidad puedan ser de forma y de fondo, pero discrepó del Ministro señor Valenzuela en lo concerniente a los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional.

Estimó que el fallo de este organismo debe expulsar la norma del ordenamiento jurídico porque, de lo contrario, se produce una desigualdad absoluta entre dos personas que en un país se rigen por una misma Constitución. Para un sujeto que logró una sentencia favorable en un recurso de inaplicabilidad, esa ley no existe y no se le aplica, y para todo el resto de los chilenos esa ley es perfectamente constitucional, tiene que aceptarse y los tribunales tienen que aplicarla. De tal modo que en virtud de los principios de supremacía constitucional, de la concentración de la justicia constitucional y de igualdad ante la ley, ésta debe ser constitucional o inconstitucional y si es inconstitucional, tiene que serlo para todos y eliminarse del sistema.

Este cambio, indicó, puede parecer radical pero no vulnera atribuciones de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, sino, muy por el contrario, proporciona la eficacia con la que los propios legisladores quieren dotar al Tribunal Constitucional, además de constituirlo en un verdadero guardián de la Constitución, como lo concibe la doctrina.”.

La cita fragmentaria de la historia fidedigna en la reforma constitucional del artículo 94 nuevo, gira en torno a la nueva cuestión de inconstitucionalidad, y poco aporta al grueso de los contenidos normativos de ésta norma iusfundamental. El veto antes referido y que sistematiza en parte a la sentencia del Tribunal Constitucional poco aporta.

Con todo, nos interesa subrayar los contenidos normativos iusfundamentales siguientes:

1. El Tribunal Constitucional es un órgano jurisdiccional que falla en única instancia.
2. La sentencia estimatoria que contenga la declaración de inconstitucionalidad de todo o parte de un proyecto de ley, decreto con fuerza de ley, significa la anulación de estos actos estatales, ya que no podrán convertirse en normas del ordenamiento.
3. La sentencia estimatoria que contenga la declaración de inconstitucionalidad (control abstracto, preventivo y represivo) de la ley (todo o parte) o de un decreto con fuerza de ley (todo o parte) o un auto acordado (todo o parte), deberá publicarse en el Diario Oficial dentro de los “tres días siguientes a su dictación”.
4. La sentencia recaída en el control de constitucionalidad abstracto tiene por regla general efecto personal erga omnes o generales y efecto temporal ex nunc o pro futuro.
5. La sentencia estimatoria que declara la inconstitucionalidad de decretos de ejecución y autónomos, deja sin efecto de “pleno derecho” el acto estatal, es decir posee un efecto personal erga omnes y un efecto temporal ex tunc.
6. La sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad de la ley (control abstracto) o de inaplicabilidad (control concreto) es “imperativa” (Nogueira),

pero nada agrega a la sólida presunción de constitucionalidad que poseen los actos estatales.

7. El artículo 94 nuevo carece de reglas acerca del contenido de la cosa juzgada constitucional, más allá de la inimpugnabilidad de las resoluciones, y de los efectos personal y temporal de la sentencias fuera del campo del control de constitucionalidad.

Pero, además, la explicación desagregada de los contenidos normativos del artículo 94 nuevo incorporado por la reforma constitucional relativos a la sentencia del Tribunal Constitucional, pone en evidencia algunos yerros conceptuales severos y notorias inconsistencias y vacíos, a saber:

1. Confusión entre “anulación” y “derogación” como consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad, que conlleva la pérdida de validez o legitimidad constitucional de la ley en particular o del acto normativo en general. A nuestro juicio la inconstitucionalidad es una sanción específica en el género de las nulidades en Derecho Público, que opera por infracción del derecho de la Constitución, y que en cuanto parte integrante de un sistema de garantías configura la Jurisdicción Constitucional. Debemos insistir que el Tribunal Constitucional como “legislador negativo” o “destructor de leyes”, no es un Legislador u órgano depositario de la potestad legislativa, se limita a expulsar la norma inconstitucional de ordenamiento (anulación) lo que predetermina en cuanto decisión constitutiva sus efectos temporales y personales, usualmente ex nunc y erga omnes respectivamente.<sup>107</sup> En suma, la “derogación” y la “anulación” (inconstitucionalidad) no son conceptos homologables, ya que pertenecen a ámbitos distintos: el primero a la producción de normas (actos estatales) de un ordenamiento y el segundo al control de normas.
2. Parcial omisión del alcance efectivo de la sentencia del Tribunal Constitucional en los tratados internacionales en control preventivo y preceptivo (art. 93

<sup>107</sup> Díez Picazo, Luis María: “La Derogación de las Leyes”, Edit. Civitas, Madrid, 1990. Nos recuerda este jurista español: “Así mientras la declaración de inconstitucionalidad es producto del principio de jerarquía normativa, la derogación lo es de la inagotabilidad de la potestad legislativa, mientras la declaración de inconstitucionalidad deriva de un juicio de validez normativa, la derogación procede de un juicio de oportunidad política; en fin, mientras la declaración de inconstitucionalidad –al menos, en sistemas de jurisdicción constitucional concentrada– corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional, la derogación es realizada por ley y, en consecuencia, puede y debe ser aplicada por cualquier juez y, más en general, por cualquier operador jurídico” (p.260). En cuanto a los efectos generales o erga omnes de inconstitucionalidad y derogación, la semejanza de “cesación de vigencia”, en la declaración de inconstitucionalidad es fruto de la verificación de invalidez o en la derogación en acto legislativo. Con todo, tal semejanza se produce sólo en los sistemas de Jurisdicción Constitucional que siguiendo el tradicional esquema kelseniano, la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos personales erga omnes y temporales ex nunc o pro futuro; aunque también la derogación puede tener efectos retroactivos e incluso no detenerse ante la cosa juzgada salvo la garantía constitucional de derechos de contenido patrimonial.

- Nº1º C.P.R.), y en control preventivo y facultativo (art. 93 Nº3º C.P.R.). En rigor la sentencia no puede tener efecto anulatorio sino impeditivo en lo concerniente a la cláusula de incorporación del derecho de los tratados al derecho interno; ya que el tratado no es una fuente del derecho interno sino fuente de Derecho Internacional y por ende sus condiciones de validez pertenecen a un orden jurídico diverso al estatal o nacional, por lo que superar la inconstitucionalidad sólo puede lograrse reformando la Constitución.
3. Omisión del alcance de la sentencia del Tribunal Constitucional de proyectos de reforma constitucional en control preventivo y facultativo (art. 93 Nº3º C.P.R.).
  4. Omisión de contenido y efectos de sentencias en competencias de conflictos de jurisdicción (art. 93 Nº 12º C.P.R.), misceláneas del Tribunal Constitucional (art. 93 Nº 11º, 13º 14º, 15º C.P.R.) y del contencioso sancionatorio (art. 93 Nº10º C.P.R.).
  5. Curiosa remisión ad publicitatem de la sentencia del Tribunal Constitucional al Diario Oficial (antiguo monopolio legal), que no está siquiera en el iter legis o procedimiento legislativo de los artículos 65 a 75 de la C.P.R., sino en el artículo 7º del Código Civil.
  6. Finalmente, se observa la ausencia de una regla general relativa a la publicación íntegra de las sentencias del Tribunal Constitucional incluidas disidencias o votos de minoría y prevenciones.

## V. CONCLUSIONES

El análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional a la luz de la reforma constitucional de 2005 promulgada mediante Ley Nº 20.050, recogido en este trabajo, pasa por dar cuenta completa de su cuadro competencial, no reduciendo el análisis al control abstracto de normas como sí ocurre con el artículo 94 nuevo de la Carta Política, de modo de establecer una sistematización del contenido o efecto material constitutivo y/o declarativo de la sentencia y de la autoridad de cosa juzgada constitucional, así como de los efectos temporales y personales.

A partir de este análisis podemos adelantar una crítica constructiva de *constitutione ferenda*

- a. La acción de constitucionalidad (control abstracto), que es una acción mediante la cual un órgano o fracción de órgano legitimado procesalmente, impugna ante el Tribunal Constitucional y en un proceso, un acto normativo, fundando la impugnación en la infracción de la Constitución; da origen en rigor a una “decisión casacional” en que el Tribunal obra como un “legislador negativo”; anulando la ley (total o parcialmente) o el acto normativo. Es

decir la sentencia estimatoria que declara la inconstitucionalidad, posee una autoridad de cosa juzgada (inmutabilidad e inimpugnabilidad) de “fuerza legal” en sentido de negación, que expulsa el acto estatal del ordenamiento. Tal sentencia tiene naturalmente en el sistema de Kelsen un efecto temporal *ex nunc* y un efecto personal *erga omnes*.

- b. El control abstracto, preceptivo y preventivo de constitucionalidad, aproxima al Tribunal Constitucional a un rol político más que jurisdiccional, de “tercera cámara”, ya que la “decisión casacional” no recae en un acto normativo integrado al ordenamiento jurídico, si no en un “proyecto de acto”, un acto parlamentario de término como es el proyecto de ley orgánica constitucional despachado por las cámaras del Congreso Nacional en sus trámites constitucionales y antes de su promulgación. El “legislador negativo” impide que el acto se convierta, merced la promulgación, en un acto normativo (ley).
- c. La acción de inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad (control concreto y abstracto) es la vía procesal, recursal o de oficio, mediante la cual el Tribunal Constitucional en un proceso, se pronuncia sobre la legitimidad de una norma legal que ha de aplicarse en una gestión pendiente seguida ante un tribunal ordinario o especial, cuya tramitación eventualmente se suspende, si admitida a trámite la acción la sala respectiva del Tribunal decreta la suspensión pedida por la parte. Por regla general, la sentencia estimatoria del control concreto y facultativo tiene fuerza de inaplicación de la norma a la gestión o conflicto que la motiva, con efectos temporales *ex tunc* y efectos personales *inter partes*, y en tal medida puede tener un alcance casatorio o revocatorio en el tribunal de la gestión, para lo cual tiene importancia que la sala del Tribunal una vez declarada la admisibilidad de la acción de inaplicabilidad disponga la medida cautelar de suspensión del procedimiento (gestión pendiente ante tribunal ordinario o especial) para poner a salvo la declaración de inaplicabilidad que pudiere decretar el órgano plenario frente a la cosa juzgada que ampara las sentencias (definitivas e interlocutorias, e incluso equivalentes) firmes y ejecutoriadas dictadas por el tribunal de la gestión. En cambio, la sentencia estimatoria en la cuestión de inconstitucionalidad es constitutiva, y en la medida que es un control abstracto tiene efecto personal *erga omnes*, y efecto temporal *ex nunc* o *pro futuro*.
- d. Cabe precisar, además, como antes se anotó, que en el control de constitucionalidad de tratados internacionales preventivo y preceptivo (art 93 Nº 1º C.P.R.), preventivo y facultativo (art. 93 Nº 3º C.P.R.), la sentencia del Tribunal Constitucional constata la infracción de la Constitución, pero no invalida o expulsa el tratado del ordenamiento jurídico, sino que impide su incorporación al derecho interno (aprobación parlamentaria o promulgación, según el caso).

- e. En las "contendidas de competencia" (art. 93 N° 12° C.P.R.) la sentencia del Tribunal resuelve el conflicto positivo o negativo, con efectos personales relativos y efecto temporal *ex tunc*.
- f. En el contencioso sancionatorio por infracción de la cláusula de protección de la democracia constitucional, la acción popular permite incoar un contencioso ante el Tribunal Constitucional, en que la sentencia junto con declarar la inconstitucionalidad de partidos, organizaciones y movimientos impone sanciones (art. 93 N° 10° y art. 19 N° 15 C.P.R.) La sentencia es constitutiva, tiene efectos temporales *ex nunc* y personales *erga omnes* e *inter partes* según su preciso alcance.
- g. Finalmente, la competencia miscelánea contenciosa del Tribunal Constitucional, se traduce en sentencias de inconstitucionalidad por infracción del régimen de prohibiciones constitucionales o legales de parlamentarios y ministros de Estado, o renuncia al cargo parlamentario (art. 93 N° 13°, 14° y 15° C.P.R.). La sentencia es constitutiva, de efecto temporal *ex nunc* y de efecto personal *inter partes*. La competencia miscelánea consultiva del Tribunal (art. 93 N° 11° C.P.R.) en rigor no es material o funcionalmente Jurisdicción Constitucional, aunque la decisión del órgano asume la forma de una sentencia.
- h. En consecuencia, en la perspectiva de *constitutione ferenda* y *prospectiva*, el artículo 94 nuevo de la Constitución, debe dar cuenta de una sentencia del Tribunal Constitucional, en la que el contenido de su decisión está ligado al tipo de competencia que ejerce, y por ende, la cosa juzgada no se agota en la inmutabilidad e *inimpugnabilidad* de la decisión, en la "fuerza legal" de negación (*legislador negativo*) tan propia del control abstracto de normas, y menos, aún importa una "derogación" de normas.
- i. Finalmente, el yerro conceptual: inconstitucionalidad (anulación-nulidad)-derogación, como conceptos homologados, no es sólo un yerro conceptual concerniente a las nulidades como sanciones que el ordenamiento jurídico prevé para su conservación y reproducción válida en un Estado de Derecho, sino que abre la puerta a un Tribunal Constitucional-legislador negativo y positivo, es decir, a un activismo inconciliable con su delicada o precaria legitimidad en la democracia constitucional contemporánea.
- En otro orden de materias, la sentencia del Tribunal Constitucional no sólo posee un *decisum*, al que nos hemos referido preferentemente, también posee *ratio decidendi* y *obiter dicta* en lo que atañe a su estructura como decisión jurisdiccional, que constituyen la jurisprudencia y doctrina del órgano, que goza de un especial valor; y deja de manifiesto la labor creadora de derecho de la Jurisdicción Constitucional, ya no sólo en la figura del "legislador negativo", sino también del "legislador

positivo" y, además, por las orientaciones o criterios que la doctrina jurisprudencial brinda a los poderes públicos y especial Poder Judicial.

En suma, el "self restraint" del Tribunal Constitucional y su problema de legitimidad, lo obliga a una sutil y moderada relación con los poderes públicos del Estado, en particular respetar la presunción de constitucionalidad de la ley (in dubio *pro legislatore*) y con ello el principio democrático que está en la base de legitimidad del Congreso Nacional y del Gobierno.<sup>108</sup> Lo anterior contrasta con las sentencias interpretativas (de las sentencias manipulativas no tenemos duda de su radical ilegitimidad), que bajo el pretexto de salvar la legitimidad constitucional de la ley, interpretan conforme a la Constitución, y son la puerta abierta al "legislador positivo", cuestionando las bases del orden republicano y democrático.

## 2. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL PODER JUDICIAL. EL VALOR DEL PRECEDENTE (\*)(\*\*)

### I. PROLEGÓMENOS

Tradicionalmente la doctrina del precedente, es decir, decisiones judiciales de casos análogos al examinado por el juez como derecho material, aparece ligada a los sistemas del "Common Law", un derecho jurisprudencial opuesto al "Statute Law"; de creciente importancia desde los albores del siglo XX éste último en el mundo anglosajón, de suerte que los jueces anglosajones recurren al "declaratory precedent" o *ex novo* al "original precedent".<sup>109</sup> La posición de los tribunales es clave en el peso conferido al precedente.

La doctrina del precedente le asigna vinculatoriedad a la "ratio decidendi", es decir, a la parte de la sentencia que contiene una sucinta exposición del hecho, de la

<sup>108</sup> Ferreres Comella, Víctor: "Justicia Constitucional y Democracia", Edit. CEPC, Madrid, 1997, en especial pp. 141-213. Idem de grande interés es la recopilación de Hans Peter Schneider: "Democracia y Constitución", CEC, Madrid, 1991, en especial capítulo: "Jurisdicción Constitucional y Separación de Poderes", pag. 1985-222; También la recopilación de aportes de juristas europeos de Antonio López Pina: "División de Poderes e Interpretación. Hacia una Teoría de la Praxis Constitucional", Ed. Tecnos S.A. Madrid, 1987. Además, Carlos Santiago Nino: "La Filosofía del Control Judicial de Constitucionalidad". Revista CEC N°4, Madrid, 1989, pag. 79-88.

\* Francisco Zúñiga Urbina, profesor de Derecho Constitucional.

\*\* Ponencia a Seminario Internacional "El Precedente Constitucional Emanado de la Sentencia del Tribunal Constitucional y su Inserción en las Fuentes de Derecho Chileno", Panel: "El Precedente Constitucional emanado de las sentencias del Tribunal Constitucional y su impacto en la actividad jurisdiccional de los tribunales ordinarios de Justicia", abril de 2006.

<sup>109</sup> Losano, Mario G.: "Los Grandes Sistemas Jurídicos" (Trad. A. Ruiz Miguel), Edit. Debate, Madrid, 1982. ps. 176-180. Idem: René David: "Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos" (traducción de la 2ª edición francesa Pedro Bravo G.) Edit. Aguilar, Madrid, 1969, pag. 291-296, 322-342.

decisión y del motivo por el que el juez ha decidido en tal sentido, pudiendo multiplicarse los precedentes si la decisión se funda en una pluralidad de razones; sean decisiones de tribunales unipersonales o colegiados; decisiones de mayoría o disidencias. El "obiter dicta" es una observación incidental del juez, que puede ser muy importante, pero no es precedente. El precedente admite su desvinculación, en particular de jueces inferiores, pudiendo operar como precedente "overruled", que lo sustituye. En los Estados Unidos de América la doctrina del precedente es completada con la regla del stare decisis, que asume rasgos peculiares en especial para los tribunales superiores de la Unión y de los Estados, que no están vinculados por sus propias decisiones, aunque sus decisiones son vinculantes en los órdenes jurisdiccionales federal y estadual.<sup>110</sup>

En los sistemas o familia de Derecho "Románico - Germánica" la jurisprudencia ha desempeñado tradicionalmente un papel secundario, expresado en el brocardo latino: "non exemplis sed legibus iudicandum est", según afirma el Código de Justiniano, ya que el sistema jurídico descansa en la ley como fuente primordial del derecho; todo lo cual se refuerza con la tradición del Derecho Común en Europa medieval que afianzó las monarquías absolutas en fase germinal y la formación de estados nacionales, y con la Codificación moderna, que se consolida con la revolución política y burguesa de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX.<sup>111</sup>

Sin embargo, los sistemas o familias de Derecho de "Common Law" y de Derecho "Románico-Germánica" han tenido convergencias en relación al valor de la jurisprudencia como fuente del derecho y al valor del precedente, en especial en el campo de la Jurisdicción Constitucional en general y del control de constitucionalidad en particular. De este modo, la sentencia constitucional, en las culturas jurídicas del sistema de Derecho "Románico-Germánica" al menos y del ámbito iberoamericano, puede ser estudiada en cuanto fuente del derecho primaria por su decisis o en cuanto fuente del derecho indirecta o complementaria por sus precedentes, parte motiva, "Tragende Gründe", "considerandos resolutivos" o ratio decidendi.

En efecto, en el sistema norteamericano de "revisión judicial de legislación" el control de constitucionalidad difuso de la ley, adquiere para la doctrina del precedente un especial valor tratándose de sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos; ya que los efectos personales "erga omnes" de sus decisiones derivan del precedente y de la regla del stare decisis.

Más aún la Corte Suprema por la forma de su jurisdicción ("original" y "appellate") y las vías procesales a través de las cuales ejerce su potestad (writs of

<sup>110</sup> Toinet, Marie France: "El Sistema Político de los Estados Unidos" (prefacio S. Hoffmann y trad. G.A. Gallardo J) Edita FCE, México D.F., 1994, págs. 194-218.

<sup>111</sup> Castro y Bravo, Federico de: "Derecho Civil en España". Edti. Civitas, Madrid, 1984, págs. 497-500.

"certification", "appeal" y "certiorari"), es un tribunal supremo que guarda cierta similitud con los tribunales constitucionales europeos.<sup>112</sup>

Las sentencias de "revisión judicial de legislación" son fruto de recursos contra sentencias de tribunales federales o estatales, por aplicación de un precepto legal impugnado de inconstitucionalidad, al caso concreto o bien "on its face", disponiendo la anulación (overruling) o ratificación (upholding). Como bien observa Rubio Llorente: "El núcleo de la sentencia, su contenido normativo, no está, sin embargo, en esta conclusión, que tiene los efectos propios de la res iudicata, sino en la opinión que conduce a ella pues es esta opinión la que establece la regla de derecho cuyo contenido incluye no sólo el juicio sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, en su aplicación al caso o en su enunciado, sino también las razones que fundamentan este juicio, es decir, en definitiva, el contenido relevante de la norma constitucional con la que se ha hecho el contraste". "La Corte Suprema que es intérprete supremo de la Constitución, pero también de la Ley, no está obligada a aceptar la interpretación de ésta hecha por la sentencia recurrida cuando dicha sentencia procede de un Tribunal Federal y puede, por tanto, anular la sentencia en la que éste ha aplicado la ley de defectos constitucionales ("duty to adopt that construction which will save the statute from constitutional infirmity"), sin que la fuerza de este mandato y la correlativa eficacia de la norma que en él impone la Corte susciten duda alguna. Cuando, por el contrario, la Corte no juzga posible una interpretación de la Ley conforme a la Constitución, declara la invalidez de la regla de derecho que la sentencia recurrida extrajo de ella y que ya no podrá ser utilizada nunca resolver litigios que no presenten diferencias relevantes con aquel cuya solución ha sido revocada."<sup>113</sup>

En la revisión judicial de legislación la declaración de inaplicabilidad (inconstitucionalidad) no afecta al enunciado legal, sino a la interpretación y aplicación que de él se ha hecho en un caso concreto (control concreto); por lo que la ratio decidendi, merced el stare decisis, tiene efectos personales erga omnes para las aplicaciones "iguales" de la ley, y no en rigor de la ley misma. Pero en otros casos la Corte Suprema puede declarar la inaplicabilidad de la ley, como una inconstitucionalidad radical, que empece a la ley "on its face" (control abstracto).

En cambio en el sistema europeo continental, el control de constitucionalidad de la ley, responde en su origen al modelo de jurisdicción concentrada, cuya creación y fundamentación hoy clásica debemos al maestro vienés Hans Kelsen, en que el Tribunal Constitucional es un órgano jurídico y político, colegial, letrado y altamente

<sup>112</sup> Tribe, Laurence H.: "American Constitutional Law" The Foundation Press, Inc. 2 ed. Mineola New York, 1988, págs. 23-208.

<sup>113</sup> Rubio Llorente, Francisco: "La Forma del Poder. (Estudios sobre la Constitución)" Edit. CEC, Madrid, 1993, pág. 503-504. También del maestro Manuel García Pelayo su clásico: "Derecho Constitucional Comparado", en "Obras Completas" (3 Volúmenes) Edit. CEC, Madrid, 1991, Vol 1, págs. 565-584.

cualificado que en un proceso enjuicia la legitimidad constitucional de la ley y de los actos del poder, pudiendo declarar la inconstitucionalidad (anulabilidad) de efectos personales erga omnes y de efectos temporales *ex nunc* o *pro futuro*, como si fuere un "legislador negativo" o "destructor de leyes".<sup>114</sup> Como bien observa Rubio Llorente: "En esta concepción de la jurisdicción constitucional como control abstracto de la actuación del legislador, el objeto inmediato y único del juicio no es ni puede ser otro que el enunciado promulgado por el legislador positivo y la única decisión posible del juez es la de mantenerlo o anularlo". La expresión "legislador negativo" designa la similitud de efectos entre la anulación-invalidación con la derogación, pero como es obvio no importa derogación.

En la fundamentación de Kelsen, la sentencia estimatoria contiene una anulación, es decir opera como "decisión casacional" o supercasacional y es claro que en cuanto anula un acto previo del poder puede ser calificada de tal, diferencia esencial que existe entre la sentencia judicial y la ley como objetos posibles de una "casación constitucional" (Vanossi) es de tal magnitud que puede inducir a error la utilización de un concepto único de casación prescindiendo de la naturaleza del acto "casado". Esta naturaleza condiciona, en efecto, tanto la estructura misma del acto anulatorio, como sus efectos en el tiempo. En lo que toca a la estructura, es claro que en la decisión que casa una previa sentencia judicial que, carente aún de firmeza, no concedía derechos ni imponía obligaciones (salvo, eventualmente, los de carácter provisional destinados a asegurar el objeto del litigio), lo importante no es tanto el mandato de anulación como las razones por las cuales éste se produce, pues son éstas las que (aun prescindiendo de la eficacia "persuasiva" que como doctrina puedan tener) determinan el sentido de la "segunda sentencia" a dictar en el proceso. En decisión supercasacional la anulación de la ley expulsa la norma impugnada del ordenamiento, la que es una norma válida desde su promulgación hasta su anulación, de manera que la transformación del orden jurídico resulta simplemente de la decisión anulatoria. La sentencia queda reducida en lo esencial al pronunciamiento sobre la ley y la "opinión" del Tribunal, a la que Kelsen no dedica atención, pasa a ser, en consecuencia, poco más que la exposición de motivos" del legislador negativo (Rubio Llorente), por lo que en este modelo construido básicamente para el control abstracto el precedente tiene una entidad disminuida y un valor muy relativo.<sup>115</sup>

<sup>114</sup> Kelsen Hans: "La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)", en recopilación "Escritos sobre la Democracia y el Socialismo" (Selección y Presentación J: Ruiz Moreno) Edit. Debate, Madrid, 1988, págs. 109-155. También en "Teoría General del Derecho y del Estado" (Trad. E. García Maynez) Edit. UNAM, México D.F. 3ª Ed. 1969, págs. 182-192. En polémica con Carl Schmitt, también de Kelsen es de obligada lectura: "Quién debe ser el defensor de la Constitución?" (Estudio G. Gasió, Traducción R. J. Bric y supervisión E. Buliygin) Edit. Tecnos, Madrid, 1995, en especial págs. 26-39.

<sup>115</sup> Kelsen, Hans: "Teoría Pura del Derecho" (Trad. R. J. Vetnengo de 2ª edición alemana) Edit. Porrúa, México D.F., 7ª edic, 1993, págs. 277-284. También de Jorge R. A. Vanossi: "Teoría Constitucional", Edic. Depalma, Buenos Aires, 2 volúmenes, 1976, en especial Vol II págs. 99-118.

Por otra parte, como la decisión anulatoria recae sobre una norma del ordenamiento que hasta ese momento conserva su validez (y eficacia en el sistema), es obligatoria, muy especialmente para todos los jueces, tal decisión es entendida como decisión constitutiva, no meramente declarativa. La incompatibilidad entre Constitución y ley no hace a ésta nula de pleno derecho, sino simplemente anulable y la sentencia del legislador negativo es eficaz sólo *ex nunc*. Este entendimiento de la inconstitucionalidad como simple causa de anulabilidad, es congruente con el tratamiento de Kelsen del ordenamiento como un sistema de normas, por lo que en un derecho positivo no hay nunca actos nulos en puridad. Luego eventuales efectos *ex tunc* se pueden dar sólo cuando éstos resultan aconsejables por razones de oportunidad, pero éstos nacen sólo de la norma constitucional, no en modo alguno como consecuencia jurídica necesaria de la naturaleza de la decisión.

La eficacia personal erga omnes de la decisión anulatoria, dependiente de su fórmula decisional, sólo puede ser predicada, de la sentencia estimatoria. Las sentencias que declaran que la ley sometida a juicio no es contraria a la Constitución, no tienen otra eficacia que la propia de la "res judicata" impiden el replanteamiento del litigio por los mismos defectos o "vicios", pero nada añaden o quitan a la norma impugnada que sigue contando en el sistema de una sólida presunción de legitimidad. La ley confirmada por la sentencia del Tribunal no es por ello más ley y mantiene la misma fuerza que antes de ser sometida a juicio tenía. La Constitución ha de establecer la eficacia general de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la ley, porque esa eficacia, como excepción al principio de que la ley sólo por una ley posterior puede ser derogada, implica realmente una.<sup>116</sup>

## II. SENTENCIA CONSTITUCIONAL: DECISUM Y RATIO DECIDENDI

Una "vexata questio" de la Teoría General del Derecho es determinar si la jurisprudencia es fuente del derecho y tipo específico de fuente. Podemos entender la sentencia como "... una norma jurídica, una norma particularizada en la precisión de su objeto y norma individualizada en la determinación de la esfera personal de su validez jurídica. Su ámbito espacial, temporal, material y personal de validez la singularizan como norma en el plexo de la preceptiva jurídica. Su índole es eminentemente normativa. Corresponde incuestionablemente al orden del deber ser" (Vanossi). Este concepto de filiación kelseniana sitúa a la sentencia en los "peldaños" de base de la pirámide jurídica, por ser acto de aplicación y creación de derecho, que

<sup>116</sup> Aragón Reyes, Manuel: "La Interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del Control Jurisdiccional" REDC Nº 17, CEC, Madrid, 1986, págs. 85-136.

está conformado y condicionado por los presupuestos del principio de jerarquía normativa. Al concepto de sentencia como norma individual sometida al imperio de la ley y a reglas de lógica, coherencia y razonabilidad, concordante con el concepto decimonónico del artículo 3º del Código Civil y artículo 170 del Código de Procedimiento Civil; se opone la sentencia constitucional, que en cuanto decisión casacional (anulación de los actos del poder sometidos a control de constitucionalidad) es fuente formal primaria del sistema y en cuanto precedente o *ratio decidendi* es una fuente indirecta, con efecto o valor vinculante interna *corporis* relativo y valor externa *corporis* de eficacia persuasiva.<sup>117</sup>

Aún resuena como peso de la historia y de la revolución política y burguesa en nuestra cultura jurídica y en la Teoría General del Derecho la afirmación de M. Robespierre, con motivo del debate acerca de los institutos de la casación y “*référé législatif*” en la Asamblea Nacional plasmado en el decreto de 27 de noviembre de 1790 “...Esa palabra de jurisprudencia de los tribunales, en la acepción que tenía en el antiguo régimen, nada significa en el nuevo; debe borrarse de nuestro idioma. En un Estado que cuenta con una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los Tribunales no es otra cosa que la ley, así hay siempre identidad de jurisprudencia”.<sup>118</sup> Se impone en la familia de Derecho “Románico-Germánica” y en la Codificación la idea de que la jurisprudencia no es fuente formal directa, al menos la jurisprudencia tradicional de tribunales, por lo que la jurisprudencia es tratada como resultado de la ejecución de leyes (en la versión silogística mecánica de un juez boca de las palabras de la ley en la conocida fórmula del barón de Montesquieu) y más como una fuente indirecta y complementaria que concreta reglas hermenéuticas. Aunque cabe matizar esta afirmación en el sentido que es aceptado que, en cuanto concreción de reglas hermenéuticas la sentencia constitucional posee un especial valor, ya que concierne directamente con la Constitución.

Desde la perspectiva teórica acerca de las fuentes del derecho el tratamiento que sigue la sentencia del Tribunal Constitucional difiere, sea por sistema o familia de Derecho, sea en cuanto a la estructura de la sentencia misma. Ciertamente nos situamos en las coordenadas de la familia de Derecho “Románico-Germánica” y de un modelo concentrado de Jurisdicción Constitucional. En este contexto entendemos por fuentes de derecho “... aquellos hechos o actos jurídicos los cuales en virtud de las normas sobre la producción jurídica vigentes en un determinado ordenamiento, tienen como

<sup>117</sup> Pera Verdague, Francisco: “Fuentes del Derecho, Jurisprudencia y Constitucionalidad”, en libro colectivo, “La Constitución Española y las Fuentes de Derecho”, Instituto de Estudios Fiscales, 3 volúmenes, Madrid, 1979, Vol. III, págs. 1607-1628. También de Jorge R. A. Vanossi: “El Recurso Extraordinario Federal. Control de Constitucionalidad” (prólogo F. De la Rúa) Edit. Universidad, Buenos Aires, 1984, págs. 75 y siguientes.

<sup>118</sup> Cita tomada del libro clásico de Francisco Geny: “Método de Interpretación y Fuentes del Derecho Privado Positivo” Edit. Reus, 2ª ed, Madrid, 1925, pág. 88.

efecto la creación, modificación o derogación de disposiciones o normas integradoras de aquel ordenamiento” (Pizzorusso).<sup>119</sup>

En la clasificación de las fuentes formales del derecho (constitucionales, primarias y secundarias) sólo tiene cabida la sentencia del Tribunal Constitucional en cuanto *decisum*. En efecto, reiterando lo expuesto a propósito del modelo de Kelsen, las sentencias estimatorias del Tribunal Constitucional, recaídas en un proceso de control de constitucionalidad es una fuente primaria, es decir una fuente formal del derecho dotada de fuerza anulatoria o invalidatoria, efectos personales *erga omnes* y efectos temporales pro futuro; sin perjuicio del polémico rol creador que el juez constitucional tiene usando técnicas que dan origen a sentencias interpretativas, manipulativas o aditivas.<sup>120</sup> En este cuadro las sentencias desestimatorias, como hemos dicho, no añaden nada nuevo al acto estatal sometido a impugnación, ya que este acto en cuanto parte integrante de un ordenamiento-sistema, goza ab initio de una presunción de legitimidad.<sup>121</sup>

Sin embargo, nos interesa en este lugar la sentencia del Tribunal Constitucional, no ya como fuente formal primaria sino como fuente indirecta, es decir, en cuanto precedente y resultado de reglas hermenéuticas propias. Como hemos dicho la doctrina del precedente designa un principio de derecho (*ratio decidendi*) que ha sido aplicado por un juez para decidir un caso análogo al que le corresponde ahora resolver a otro juez, o incluso al mismo. El precedente goza de una fuerza normativa peculiar, que difiere en los sistemas jurídicos o familias de Derecho; de suerte que, tenemos un vínculo absoluto (*binding*) como ocurre en el derecho inglés, que sólo autoriza a desvincularse si el caso es distinto (*distinguishing*) o bien que la solución anterior es fruto de un error (*per incuriam decisionis*); o simplemente como ocurre en los sistemas de Derecho “Románico-Germánica” el precedente puede gozar de un valor o “eficacia persuasiva” (Pizzorusso).

La “eficacia persuasiva” tiene una conexión directa con el principio de igualdad constitucional (igualdad ante la ley, entendida como igualdad ante las normas) como imperativo para los jueces, es decir, la exigencia de que casos análogos deban ser decididos análogamente en la medida de lo posible evitando así la lesividad originada por soluciones distintas para supuestos análogos. Esta conexión precedente-principio de igualdad es tan intensa que incluso en los ordenamientos jurídicos más fieles con la tradición de la Codificación y de la revolución francesa, en que la casación opera

<sup>119</sup> Pizzorusso, Alessandro: “Las Fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico Italiano” Revista del Centro de Estudios Constitucionales Nº 3, CEC, Madrid, 1989, págs. 269-321. Del mismo autor “Gli effetti delle decisioni della Corte Costituzionale nei giudizi ordinari” Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 1987, págs. 909 y siguientes.

<sup>120</sup> Pizzorusso Alessandro: “Lecciones de Derecho Constitucional (Traducción J. Jiménez Campo y Prólogo de F. Rubio Lorente) Edit. CEC, 2 Volúmenes, Madrid, 1984, Volumen II, págs. 337-344.

<sup>121</sup> Otto Pardo, Ignacio De: “Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes”. Edit. Ariel S.A. Barcelona, 1987, págs. 284-303.

como instituto nomofiláctico, se justifica este rol de la jurisprudencia en razón del principio de igualdad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional siempre puede modificar un precedente, evitando así una petrificación o esclerosis de su jurisprudencia.<sup>122</sup>

Esta "eficacia persuasiva" de los precedentes es conectada por Pizzorusso con tres elementos: primero el carácter de fuente cultural del precedente, ya que es producido por la actividad de una serie de sujetos (jueces, abogados, juristas) que son portadores de un tipo de valores; segundo el precedente asume el carácter de fuente productiva de normas interpretativas, ya que son principios de derecho identificados al hilo de la decisión concreta, decisión orientada a aplicar normas, y tercero, la eficacia del precedente esta ligada a la posición y especialidad que tiene en el Estado el Tribunal o Juez de que emana.

En España se ha planteado el tema de la vinculación de los tribunales a su jurisprudencia en general y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular. Así se ha afianzado una doctrina en general muy crítica con la regla del precedente y con ello la idea que la jurisprudencia no es fuente del Derecho, como se razona en el Auto de la Sala Tercera (Sección 4ª) del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1991 (Rep. Aranzadi 3516) que diferencia el principio de unidad de doctrina que constituye uno de los aspectos del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación judicial de la ley que resulta protegido por el artículo 14 de la Constitución, de la cuestión bien distinta de que los precedentes judiciales sean vinculantes para casos posteriores en los siguientes términos: "como el Tribunal Constitucional (ad ex., S. 49/1985, de 28 de marzo) ha indicado en repetidas ocasiones (...) no puede exigirse de un órgano judicial el mantenimiento indefinido de sus propios precedentes. La posibilidad de modificar un criterio previamente adoptado es incluso exigencia de la propia función judicial pues el Juez, en el sistema constitucional español, está sometido a la Constitución y al imperio de la Ley (arts. 117.1 CE y 1 LOPJ) y no al precedente judicial, o, más rectamente, no está vinculado al precedente judicial (*stare decisis*) cuando el mismo ya no responda en el caso concreto a la Constitución y al imperio de la ley, y siempre que conste que (el juez, al apartarse del precedente) ha obrado con la obvia reflexión que, en garantía del derecho a la igualdad citado exige la propia jurisprudencia del Alto Tribunal, y que consiste en: a) no modificar arbitraria o inadvertidamente el sentido de las decisiones en casos sustancialmente iguales, debiendo la variación en la interpretación de la Ley ser fundamentada y adoptada de forma reflexiva por el Juzgador, teniendo en cuenta sus propios precedentes (STC

<sup>122</sup> Sobre la crítica en la República Federal de Alemania a la sentencia relativa a la Grundlagenvvertrag en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde: "Manual de Derecho Constitucional" (Presentación C. Hesse, edición, prolegomena y traducción A. López Pina) Edit Marcial Pons - IVAP, Madrid, 1996, págs. 842-843.

48/1987, de 22 de abril), y b) que el órgano que considere necesario apartarse de sus precedentes ofrezca para ello una fundamentación suficiente y razonable (STC 166/1985, de 9 de diciembre, entre otras muchas).<sup>123</sup>

El precedente de la sentencia constitucional goza de una "eficacia persuasiva" que tiene un anclaje especial en reglas de argumentación y fundamentación. En efecto en el modelo de Jurisdicción Constitucional concentrada los Tribunales Constitucionales se configuran como órganos de naturaleza jurídica llamados a resolver conflictos eminentemente políticos, por lo que la legitimidad del Tribunal y su jurisprudencia esta vinculada a la calidad de sus precedentes y jurisprudencia en general, y ciertamente, no olvidando por obvio, a la generación democrática de sus integrantes.

La relativa libertad de creación de los jueces constitucionales obliga a identificar los modos de argumentación y de fundamentación (Otto). Las decisiones en que se aplica derecho se basa en un modelo argumental, que adquiere aceptación general o legitimidad, y que comprende a la Constitución misma con su compleja estructura normativa. Así es un imperativo de la sentencia constitucional, su fundamentación en criterios de aceptación general, que tienen dos premisas: primero la sumisión del juez a la norma (derecho constitucional material y adjetivo) y segundo, en la medida en que la sumisión del juez a la norma no predetermina el contenido de la decisión, ésta debe apoyarse en una regla de aplicación. A la primera clase (sumisión del juez a la norma) pertenecen las reglas de interpretación en particular y reglas de hermenéutica en general, y las construcciones dogmáticas; y a la segunda clase (reglas de aplicación) pertenecen los precedentes o jurisprudencia. Así para una buena "práctica constitucional" se requiere de una buena "teoría constitucional", dado el lazo entre modo de argumentar en el que opera la vinculación de los argumentos al precedente, a las reglas de interpretación y a la dogmática.

Las reglas de aplicación en una democracia constitucional se enderezan a asegurar ciertos valores y principios básicos: seguridad jurídica, igualdad ante la ley y unidad del derecho; y así reducir el margen de creación del juez constitucional. La utopía ilustrada-revolucionaria de eliminar o reducir la libertad de creación de los jueces ("poder nulo" como caracterización del Poder Judicial por el barón de Montesquieu), sigue siendo un objetivo válido y total en la arquitectura del Estado de Derecho y del Estado democrático<sup>124</sup>, que repulsa el activismo judicial o del Estado Judicial.

<sup>123</sup> Consultar sobre art. 64 C.E. y alcances del principio de igualdad constitucional a F. Rubio Llorente y otros: "Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial)" Edit. Ariel, Barcelona, 1995, en especial págs. 108-138. También de Luis López Guerra: "Sentencias Básicas del Tribunal Constitucional", Edit CEPC, BOE, Madrid, 1998, en especial págs. 387-397. Además sobre los precedentes mismos consultar a Francisco Javier Ezquiaga "La Argumentación en la Justicia Constitucional Española" Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1987.

<sup>124</sup> Otto Pardo, Ignacio de: "Estudios sobre el Poder Judicial" Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica,

Con todo, la doctrina del precedente plantea múltiples problemas a la hora de identificar el principio de derecho, ya que la ratio decidendi es fruto de operaciones cognitivas y volitivas del juez en que existe hecho y derecho, y con alcances prácticos diferenciados.<sup>125</sup>

Nuestro Tribunal Constitucional ha decantado las reglas hermenéuticas que aplica y en ocasiones las hace explícitas en sus fallos, superando, a menos en el papel, las reglas tradicionales de Savigny establecidas en el artículo 19 y siguientes del Código Civil (Valenzuela Somarriva). Asimismo nuestro Tribunal ha reconocido el valor interna corporis relativo del precedente y empleado con cierta frecuencia el recurso de reiterar su jurisprudencia anterior como se observa desde la sentencia de Plantas de la Contraloría en 1992 y sentencia de Juzgados de Policía Local de 1993. Por la vía ejemplar esta Magistratura ha sostenido: "...debe también tenerse en consideración para resolver acerca de la conveniencia de mantener la razón decisoria contemplada en fallos anteriores del Tribunal Constitucional en relación a una materia determinada, que ello crea la certeza y seguridad jurídica necesarias para todos aquellos a quienes pueda interesar y o afectar lo que éste resuelva sobre el punto. Los cambios de doctrina jurídica por lo general deben producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que los justifiquen;" (STC Rol N° 171, cons. 15°).<sup>126</sup>

### III. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN NUESTRO DERECHO

El precedente constitucional emanado de la sentencia del Tribunal Constitucional arranca usualmente de la ratio decidendi, "Tragende Gründe", parte motiva o "considerandos resolutivos", constituyendo una fuente indirecta o complementaria del ordenamiento jurídico. En cuanto fuente indirecta los precedentes poseen un relativo valor vinculante interna corporis para el Tribunal Constitucional y valor o "eficacia persuasiva" externa corporis para los tribunales que integran el Poder Judicial

Centro de Publicaciones, Madrid, 1989, págs. 73-79. Del mismo autor: "La Posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la Interpretación Constitucional", en libro colectivo: "El Tribunal Constitucional", 3 volúmenes, I.E.F., Madrid, 1981, Vol. III, págs. 1935-1951.

<sup>125</sup> Alonso García, Enrique: "La interpretación de la Constitución" "Prólogo F. Rubio Lorente, Edit CEC, Madrid 1984, págs. 165-182. Del mismo autor "La Jurisprudencia Constitucional", Revista del Centro de Estudios Constitucionales N° 1, CEC, Madrid 1988, págs. 173-209.

<sup>126</sup> Valenzuela Somarriva, Eugenio: "Criterios de Hermenéutica Constitucional Aplicados por el Tribunal Constitucional" Edita Tribunal Constitucional, Santiago, 2005. También muy útil el trabajo pionero en este tema de Patricio Zapata Larraín: "El Precedente en la Jurisprudencia Constitucional Chilena y Comparada", en XXIV Jornadas de Derecho Público, Revista Chilena de Derecho N° 20, Tomo I, 1993, págs. 499-508. También corresponde citar el libro excelente, aunque escasamente, divulgado por el año de su edición y contexto, de Jorge Tapia Valdés: "Hermenéutica Constitucional. La Interpretación de la Constitución en Sudamérica" Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1973.

y también la Justicia Electoral. Esta "eficacia persuasiva" tiene su primer apoyatura en que compete al Tribunal Constitucional ser el intérprete supremo de la Constitución.

Con todo en la perspectiva de lege ferenda se hace notar la falta de una norma integradora de reglas hermenéuticas entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, como en España el artículo 5°.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1° de julio, del Poder Judicial, que dispone: "La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos". Tal precepto se acopla con el artículo 40.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, que dispone: "En todo caso, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída en leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelven recursos y cuestiones de inconstitucionalidad".

En los Tribunales Constitucionales de América del Sur, se recogen reglas sobre precedentes muy amplios en los casos de la Corte Constitucional de Colombia y de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

En Colombia el artículo 48 de la Ley N° 270 Estatutaria de la Administración de Justicia de 1996 de conformidad con el artículo 230 de la Constitución de 1991 dispone que "...sólo será de obligatorio cumplimiento y con efectos erga omnes la parte resolutoria de los fallos. La parte motiva constituye sólo criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general"; aunque la jurisprudencia de la Corte ha establecido el carácter vinculante de su interpretación, a través de la doctrina del precedente.

En Venezuela la Sala Constitucional del Tribunal Supremo fundada en el artículo 335 de la Constitución de 1999, establece la vinculatoriedad de las interpretaciones constitucionales con motivo de la decisión de conflictos o solicitud de interpretación (S.S.C. del Tribunal Supremo N° 1309, caso Hermanos Escarrá de 19 de julio de 2001) o bien al resolver casos concretos (S.S.C. del Tribunal Supremo N° 1860, caso Consejo Legislativo del Estado de Barinas, de 5 de octubre de 2002).<sup>127</sup> También la Sala

<sup>127</sup> Nogueira Alcalá, Humberto: "La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Iberoamérica del Sur. En la Alborada del siglo XXI". Edit. Lexis Nexis, Santiago, 2005, págs. 312-315. Consultar de Diego Uribe Vargas: "La Constitución de 1991 y el Ideario Liberal", U. Nacional de Colombia, 1992, págs. 188-198. Consultar un enfoque crítico en Allan R. Brewer-Carías: "La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano" Edit. Jurídica Venezolana, 4ª edición, Caracas, 2 Volúmenes, 2004, Vol. II, págs. 990-1001. Una panorámica latinoamericana de Francisco Eguiguren P.: "Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional", en volumen "Tribunales y Justicia Constitucional" de la Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (9 volúmenes), Instituto de Investigaciones Jurídicas y Varias Universidades, México D.F., 2002, págs. 165-192.

Constitucional ha sostenido que la única interpretación vinculante es la “interpretación constitucional” o la interpretación “desde la Constitución” (S.S. S.C. del Tribunal Supremo N° 727 de 8 de abril de 2003, N° 291, de 3 de marzo de 2000).

Resulta pertinente en este lugar, a propósito del tratamiento de la doctrina del precedente y efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional, comentar sumariamente el proyecto de ley que modifica la Ley N° 17.997 orgánica constitucional del Tribunal Constitucional para adecuarla a la reforma constitucional promulgada mediante Ley N° 20.050 de 2005 (Mensaje N° 432-353 de 7 de diciembre de 2005) que en su parte expositiva señala: “Después de casi 25 años de funcionamiento del Tribunal y de la reciente reforma constitucional, el país está en condiciones de asumir que todos los órganos del Estado quedan obligados por lo que el Tribunal resuelva. Con ello se confiere a sus sentencias una fuerza mayor a la que tienen las emanadas de un tribunal normal”. “Esta fuerza atribuida a las sentencias del Tribunal permite, además, que el proyecto recoja una doctrina desarrollada por el propio Tribunal, en el sentido de quedar vinculado por sus precedentes, sin perjuicio de cambiar lo resuelto con anterioridad, por razones fundadas. Con ello se logra la necesaria estabilidad y certeza jurídica para las decisiones de los órganos del Estado, considerando que todos ellos quedan obligados por las sentencias del Tribunal”. Consecuencia de lo expuesto el proyecto de ley dispone en lo pertinente como nuevos incisos del artículo 31:

“Los órganos del Estado están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal resuelva”.

“El Tribunal quedará vinculado por sus precedentes. Sin embargo, por razones fundadas, podrá cambiar lo resuelto con anterioridad”.

El informe complementario recaído en el proyecto de ley de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia (Boletín N° 4059-07 de 7 de abril de 2006) consigna la aprobación por unanimidad de un nuevo texto recogido en una indicación del Ejecutivo, del tenor siguiente:

“Toda sentencia del Tribunal que modifique o altere sustantivamente lo que hubiere resuelto con anterioridad sobre la misma materia, deberá declarar tal circunstancia y precisar las razones fundadas en que dicho cambio se sustenta”.

El mencionado Informe Complementario consigna el fundamento del cambio introducido: “Esta indicación tiene por objeto reemplazar el inciso que establecería que el Tribunal quedaba vinculado por sus precedentes, pudiendo cambiar lo resuelto en situaciones anteriores similares sólo por razones fundadas. Esta disposición busca dar certeza jurídica en materia constitucional respecto de los criterios jurisprudenciales, de tal manera que si se produce algún cambio en el criterio resolutivo, ello deba ser justificado fundadamente. Sin embargo, se estimó pertinente no hacer alusión al vocablo “precedentes” por cuanto dicho término no se ajusta a la realidad del ordenamiento jurídico chileno”.

Este texto fue despachado en el primer trámite constitucional del proyecto por la sala de la Cámara de Diputados, (oficio N° 6110, de 12 de Abril de 2006), y que se encuentra un actual segundo trámite en el Senado.

El importante reconocimiento al valor de las sentencias y los precedentes contenidos en el Mensaje del proyecto de ley, se ven anuladas en un texto del nuevo inciso final del artículo 31 de la ley, que simplemente es un galimatías o “imposible normativo”, por razones que parecen evidentes, a saber:

- a. Las sentencias del Tribunal Constitucional tienen una forma: la propia de las decisiones de un juez o colegio de jueces, ya que deberán cumplir “en lo pertinente” con los requisitos indicados en los números 1 al 6 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil (inciso primero del art. 31 de la Ley N° 17997). Ello significa que la sentencia debe reunir requisitos generales (fecha, firma y autorización de ministro de fe) y requisitos especiales establecidos en el artículo 170 citado y por remisión indirecta en el auto acordado de 30 de septiembre de 1920 de la Excm. Corte Suprema sobre la forma de este acto jurisdiccional, a partir de los cuáles hablamos de parte expositiva, parte considerativa y parte dispositiva o resolutive.<sup>128</sup>

<sup>128</sup> “d)- 1° Parte expositiva. En esta primera parte de la sentencia, el juez hace un resumen de la demanda, contestación, réplica y dúplica y de los demás trámites del proceso hasta la citación para oír sentencia. La omisión de esta parte acarrea la nulidad de la sentencia, que se hace efectiva por medio del recurso de casación en la forma (art. 768, N° 5°). Debe contener:

1. La designación precisa de las partes litigantes, su domicilio, profesión u oficio (art. 170, N° 1°). Son partes la que promueve la acción y aquella contra quien se deduce. Su designación tiene mucha importancia para los efectos de los límites subjetivos de la cosa juzgada.
2. La enunciación breve de las peticiones o acciones deducidas por el demandante y de sus fundamentos, y las enunciaciones de las excepciones o defensas alegadas por el demandado (art. 170, N° 2° y 3°). El juez debe hacer un resumen de los hechos expuestos en la demanda y en la contestación.
- e. 2° Parte considerativa. En esta parte de la sentencia, el juez aplica el derecho, operación que comprende tres fases: la reconstrucción de los hechos; la determinación de la norma legal aplicable, o, en su defecto, los principios de equidad en que se funda el fallo; y el examen de los requisitos para la procedencia de la acción. Tiene importancia para los efectos de la motivación de la sentencia, que es la única manera de llevar al ánimo de los litigantes la convicción de que han sido considerados todos los aspectos de la cuestión y tomadas en cuenta sus respectivas alegaciones. Esta parte debe contener las enunciaciones indicadas en los N° 4 y 5 del art. 170:

“4° Las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia;

“5° La enumeración de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo”.

El auto acordado de la Corte Suprema establece en sus N° 5°, 6°, 7°, 8°, 9° y 10°, con referencia a la parte considerativa de la sentencia, lo siguiente:

“5° Las consideraciones de hecho que sirvan de fundamento al fallo. Se establecerán con precisión los hechos sobre que versa la cuestión que debe fallarse, con distinción de los que hayan sido aceptados o reconocidos por las partes y de aquellos respecto de los cuales haya versado la discusión,

“6° En seguida, si no hubiere discusión acerca de la procedencia legal de la prueba, los hechos que se encuentren justificados con arreglo a la ley y los fundamentos que sirvan para estimarlos comprobados, haciéndose, en caso necesario, la apreciación correspondiente de la prueba de autos conforme a las reglas legales;

“7° Si se suscitare cuestión acerca de la procedencia de la prueba producida, la exposición de los fundamentos que deben servir para aceptarla o rechazarla, sin perjuicio del establecimiento de los hechos en la forma

- b. En la parte considerativa el juez aplica el derecho, es decir, reconstruye hechos, determina normas o principios, y requisitos de procedencia de la acción; lo que conecta con la parte dispositiva o resolutive, en que el encadenamiento viene dado por los “considerandos resolutivos”, donde se sitúan los fundamentos o ratio decidendi, y conforma propiamente el precedente.
- c. Asimismo, el inciso segundo del artículo 31 de la Ley N° 17.997 admite que el Tribunal Constitucional, en cuanto colegio de jueces, tenga opiniones o votos particulares, sean prevenciones o disidencias, las deberán constar en el fallo.
- d. En cambio el precepto aprobado en primer trámite exige que la sentencia que “modifique o altere sustantivamente” lo resuelto con anterioridad sobre la misma “materia”, debe declarar tal cambio y fundar las razones de éste. Más allá de lo confuso de hablar de “materia” y lo “resuelto”, la preceptiva aprobada identifica erradamente el precedente con la decisión, y olvida que esta última está cubierta por la eficacia de la autoridad de cosa juzgada reconocida expresamente en el artículo 32 de la Ley N° 17.997. Luego es simplemente “imposible” que el Tribunal Constitucional revise, modifique, altere o desconozca la cosa juzgada.
- e. Finalmente si se quiere dotar de relativo valor vinculante interna corporis a los “precedentes”, lo cierto es que no sólo los cambios de jurisprudencia sino toda sentencia debe contener una ratio decidendi o “precedente”. A lo que cabe agregar una obviedad, por definición la sentencia se somete a un esquema argumentativo y a reglas de aplicación, para asegurar su intersubjetividad comunicativa (reglas de lógica, coherencia y razonabilidad).
- f. En suma la sentencia constitucional debe, por imperativo de su configuración como acto estatal, ser fundada, con independencia de utilizar el precedente como técnica, lo que está suficiente demostrado al examinar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que recurre a este expediente, como verbi gratia

expuesta en los párrafos precedentes para los fines consiguientes;

“8° Establecidos los hechos, las consideraciones de derecho aplicables al caso;

“9° La enunciación de las leyes o en su defecto de los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo;

“10° Tanto respecto de las consideraciones de hecho como las de derecho, el tribunal observará al consignarlas el orden lógico que el encadenamiento de las proposiciones requiera, y, al efecto, se observará, en cuanto pueda ser aplicable a los tribunales unipersonales, lo dispuesto en el artículo 186 del Código de Procedimiento Civil”.

- f. 3° *Parte resolutive y dispositiva*. Es en esta parte donde el juez pronuncia su fallo y es ella la que produce los efectos de cosa juzgada. Establece el artículo 170, N° 6°: “Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán: ...61 La decisión del asunto controvertido. Esta decisión deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio; pero podrá omitirse la resolución de aquellas que sean incompatibles con las aceptadas”.

El asunto controvertido está constituido, pues, por todas las acciones y excepciones hechas valer oportunamente y en forma”. Consultar I. Rodríguez P. “Procedimiento Civil” Edit. Jurídica, Santiago, 5ª edición, 1995, págs. 234-235.

en la relación ley reglamento en la que ha surgido un conjunto de reglas o criterios: esencialidad–adjetividad, determinación, especificidad, habilitación suficiente; o bien en la calificación de la ley orgánica constitucional y su dominio o reserva, o simplemente en aspectos procesales relativos a activar al Tribunal como la admisibilidad de requerimientos.

Ahora bien, los principios y valores constitucionales de seguridad jurídica, igualdad ante la ley y unidad del ordenamiento que tienen por finalidad reducir el margen de creación de los jueces, es también apoyatura sólida a la doctrina del precedente en la sentencia constitucional. Pero es una apoyatura que transita entre un Escila y un Caribdis, es decir, una bipolaridad entre estos principios y la necesidad de que ello no conduzca a un “rígido sistema de precedente” que impida al Tribunal interpretar flexible y evolutivamente la Constitución. Como bien anota Tapia Valdés la seguridad jurídica no puede ser absoluta, “...porque ello equivaldría tanto como petrificar el derecho y, por consiguiente, a negar toda seguridad para las instancias futuras”, todo con una funcionalidad ideológica conservadora.<sup>129</sup>

De esta suerte, más allá de la cosa juzgada de las sentencias constitucionales (decisum), el valor vinculante de los precedentes interna corporis debe ser un valor relativo y tomado con ciertos resguardos, abierto al cambio de precedente, y el valor externa corporis debe traducirse en una “eficacia persuasiva” (en conexión con la vinculación de los “poderes públicos” de la sentencia) en general y de los tribunales en particular, eficacia (y vinculación) que debe ser prudente y deferente; cuya autoridad o legitimidad arranca en último término del modelo argumental y reglas de aplicación.<sup>130</sup>

Por ello, en la dogmática alemana, (art. 94.2 de GG y párrafo 31.1 BVerf. GG) y española (art. 164.1 C.E. y art. 38.1 y 40.2 de las leyes orgánicas judiciales), los conceptos de cosa juzgada (“Rechtskraft”), vinculación de los poderes públicos (“Bindungswirkung”) y fuerza de ley (“Gesetzeskraft”) resultan complejos, y en especial la “vinculación de los poderes públicos”, que supone una extensión del enlace de la decisión a la ratio decidendi, un ensanchamiento del círculo de obligados por el precedente y la consideración de que el Tribunal Constitucional no estaría vinculado a las consecuencias de este efecto, sino sólo al tenor del fallo.<sup>131</sup>

<sup>129</sup> Tapia Valdés, Jorge: Ob. cit. págs. 28-30

<sup>130</sup> Bocanegra Sierra, Raúl: “El Valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional”, Edit. IEAL, Madrid, 1982, págs. 11-29. También del maestro mexicano Héctor Fix Zamudio “Breves Reflexiones sobre la Naturaleza, Estructura y Funciones de los Organismos Jurisdiccionales Especializados en la resolución de Procesos Constitucionales”, en Memoria VII Congreso Iberoamericano de derecho Constitucional (9 vol.), en volumen “Tribunales y Justicia Constitucional” Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM y varias Universidades, México DF., 2002, págs. 201-238, en especial 229-233.

<sup>131</sup> Bocanegra Sierra, Raúl: págs. 108 y 119. Cita este autor español al jurista alemán Klaus Vogel: “Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht” en “Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts”, I., Tübingen, 1976. Una lectura distinta de Francisco Rubio Llorente y Manuel Aragón: “La Jurisdicción Constitucional” en libro colectivo

#### IV. CONCLUSIONES

Toda reflexión acerca del precedente (*ratio decidendi*) emanado de las sentencias del Tribunal Constitucional tiene dos orillas: primero el relativo valor vinculante interna *corporis* del precedente para el Tribunal, cuestión a la que nos hemos referido en el capítulo anterior, utilizando como excusa un examen sumario del proyecto de modificación de la Ley N° 17.997 orgánica constitucional del rubro, en actual trámite parlamentario, y segundo el complejo o problemático valor vinculante externa *corporis* del precedente para los tribunales que integran el Poder Judicial.

La "eficacia persuasiva" del precedente obviamente nos da un sendero o pista acerca del impacto que el precedente constitucional debe tener en la potestad jurisdiccional ejercida por los tribunales que integran el Poder Judicial y la Justicia Electoral. Sin embargo, esta perspectiva es muy parcial, ya que la reforma constitucional de 2005, que en otro lugar hemos comentado, separa radicalmente el control de constitucionalidad de la casación. En efecto la reforma constitucional establece el monopolio del contencioso constitucional en el Tribunal Constitucional, fortaleciendo con ello el rol de corte de casación que posee la Corte Suprema. La doble sumisión de los tribunales que integran el Poder Judicial a la Constitución y la ley, salvando el imperio de la ley, es a través de la acción de inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad, en la que los jueces gozan de legitimación procesal activa.

Luego, la "fuerza normativa" de la Constitución, tema de suyo complejo y polémico en sus alcances y que ha sido objeto de un tratamiento muy parcial en nuestro medio aquejado de "fetichismo constitucional", frente a la primariedad de la ley, admite la interpretación conforme por los tribunales del Poder Judicial y un empleo limitado de la Constitución como derecho material y adjetivo.

Se presenta con la reforma constitucional de 2005, y en especial con la acción de inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad, como mecanismo que instaura un proceso de control concreto (y abstracto) de constitucionalidad de leyes, un potencial foco de problemas en la relación orgánica, funcional e institucional entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial de lo cual el alcance efectivo de los precedentes es un primer problema simplemente. Ello porque indirectamente la sentencia estimatoria de inaplicabilidad o de inconstitucionalidad puede tener alcance casatorio o revocatorio de fallos dictados por tribunales que integran el Poder Judicial y tribunales de Justicia Electoral, para no mencionar el alcance cautelar en las gestiones ante tribunales ordinarios o especiales de las suspensiones de procedimiento emanadas de las salas del Tribunal Constitucional.

<sup>122</sup> "La Constitución Española de 1978. Estudio Sistemático dirigido por los profesores Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría", Edit. Civitas, 2ª ed, reimpresión, Madrid, 1988, págs. 829-886, es especial 849-850.

El foco de problemas referido es resultado de una cosmovisión acerca de la Jurisdicción Constitucional que impera en los sistemas de Derecho "Románico-Germánica" y que constata la carencia de "conciencia constitucional" del juez ordinario, también denominado "juez burócrata" (Cappelletti) y una cierta desconfianza a este tipo de jueces que se remonta a las revoluciones político-burguesas del siglo XVIII.<sup>122</sup> Esta cosmovisión explica en parte el éxito del modelo concentrado de Kelsen y el rechazo al modelo difuso de revisión judicial de legislación (Cappelletti, Favoreu, Vanossi).

El foco de problemas referidos es fruto de la articulación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, siendo las vías de articulación las siguientes: soluciones orgánicas y soluciones procesales. Tales soluciones tienden por la mecánica del control de constitucionalidad y de la casación a generar una supremacía o mejor dicho primacía del Tribunal Constitucional, en sí misma problemática (sea que se trate de una supremacía institucional o una supremacía funcional).

En suma, la doctrina del precedente nos permite sostener de modo prospectivo que el precedente constitucional emanado de las sentencias del Tribunal Constitucional tendrá un impacto no "traumático" o "conflictual", en la actividad jurisdiccional de los tribunales ordinarios y especiales que integran el Poder Judicial y la Justicia Electoral en la medida que se produzca un cambio en la "conciencia constitucional" de los jueces del orden temporal, de suerte que la *ratio decidendi* permita ejercitar un modelo de argumentación y reglas de aplicación en que el valor normativo y eficacia normativa de la Constitución tengan un imperio efectivo, pero reconociendo la primariedad de la ley como fuente del derecho y la sumisión de estos complejos de órganos del Estado al imperio de la ley.

Lo anterior supone un cambio en la cultura jurídica hasta ahora legiscentrista y privatista, que incide en valores, pautas de conductas, tipos de formación académicas, currículas, etc, de los jueces y la aceptación de la primacía del Tribunal Constitucional en cuanto intérprete supremo de la Constitución. Un "intérprete supremo", pero no único, ya que en una democracia constitucional existe pluralidad de intérpretes y operadores del derecho. En efecto, el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución es la "pieza fundamental" de nuestro ordenamiento (Aragón), pero debe ejercer su potestad en armonía con el principio democrático y el Estado de Derecho. Nuevamente la prudencia y deferencia razonada del Tribunal se impone como regla práctica en su relación con otros poderes públicos, ya que a pesar de su menesterosidad de medios materiales y deficitaria legitimidad democrática, tiene un tremendo poder político en cuanto "destructor de leyes" y una autonomía-independencia (a la que se suma su irresponsabilidad constitucional) que amenaza

<sup>123</sup> Pérez Tremps, Pablo: "Tribunal Constitucional y Poder Judicial" Edi. CEC. Madrid, 1985, págs. 197-203. De Mauro Cappelletti: "Le Pouvoirs des Juges" (Trad. R. David - Préface L. Favoreu), P.U. D Aix-Mars Tille-Economica 1990. También de Jorge R. A. Vanossi "Teoría Constitucional"... ob. cit. págs. 99-118.

con convertirse en una suerte de “soberanía” en el sentido que “los jueces reemplacen por sus valores y sus fines propios los que la comunidad en que ellos se desenvuelven está compartiendo contemporáneamente” (Vanossi). Además, una exigencia de la “democracia continua” (Rousseau) es que el ciudadano moderno encuentra en el Tribunal Constitucional un espacio, más allá de la democracia representativa, para participar en la formación de la voluntad política, sometiendo a control de constitucionalidad los actos del poder, y obteniendo de modo directo o indirecto una tutela extraordinaria merced al proceso de amparo (e incluso del proceso de constitucionalidad) de sus derechos fundamentales.<sup>133</sup>

De allí que cifremos esperanzas, con cierta sana dosis de crítica y escepticismo, para un mejor Estado de Derecho y una mejor República democrática en la misión institucional del Tribunal Constitucional como guardián e intérprete supremo de la Constitución, y en sus decisiones, en el *decisum* y en el *ratio decidendi*; y en la prudente y deferente vinculación de los poderes públicos a la aplicación e interpretación de la Ley Fundamental que hace esta nueva “aristocracia togada” de la institución contramayoritaria por excelencia de la democracia constitucional. Tal democracia constitucional parece ser en los albores del siglo XXI la única democracia posible, pero se enfrenta a la desustancialización de la soberanía del pueblo y su sustitución por la “soberanía de la Constitución”. La inserción del Tribunal Constitucional y su problemática legitimidad y necesidad en esta democracia posible y en concreto en el arreglo institucional imperante, depende, entre otros factores, de sus decisiones o sentencias, del *decisum* y de la *ratio decidendi* frutos de una lectura de la Constitución como derecho objetivo y derecho subjetivo, en que los valores profesados son los socialmente dominantes en el tiempo y espacio histórico.

### 3. SENTENCIA DE “INAPLICABILIDAD-CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD” Y LEGISLACIÓN (“(“)

#### I. PROLEGÓMENOS

Con anterioridad el Centro de Estudios Constitucionales nos ha invitado a exponer, en el marco de la reforma constitucional, acerca de dos temas: naturaleza de la “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” y la sentencia del Tribunal

<sup>133</sup> Aragón Reyes, Manuel: “Estudios de Derecho Constitucional” Edit. CEPC, Madrid, 1998, págs. 109-190. De Jorge R. A. Vanossi: “Teoría Constitucional”, ... ob. cit. págs 119-139. Del jurista francés Dominique Rousseau: “La Justicia Constitucionales en Europa” (Estudio preliminar T. Freixes Sarjuan y traducción L. Ortiz P.) Edit. CEPC, Madrid, 2002, págs. 106-107.

Constitucional. El tema de hoy es el análisis de los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional en sede de control normativo represivo de inconstitucionalidad.<sup>134</sup>

Con la finalidad de no volver a transitar por caminos conocidos, según dan cuenta colaboraciones sobre los temas reseñados, circunscribiré esta ponencia a los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en la legislación. En particular es menester detenerse acerca del novísimo tema de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador y la intervención del Tribunal Constitucional en la declaración de inaplicabilidad e inconstitucionalidad de la ley, como “título de imputabilidad” de esta responsabilidad.

Además, es menester, a efectos de tener una visión del tema, consignar que el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados recaído en el proyecto de reforma constitucional, lo que fue consolidado por el veto presidencial y texto finalmente aprobado y promulgado, separó la acción de inaplicabilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, pero manteniendo el hibridaje al que apuntamos críticamente hace ya más de un año en este mismo lugar. En efecto, el segundo informe cameral consigna en el art. 82 (con variaciones en el art. 93 nuevo C.P.R.) de la Carta como atribuciones del Tribunal Constitucional: “6°. Declarar inaplicable un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, produzca efectos contrarios a la Constitución. El Tribunal conocerá estos asuntos en sala, la cual adoptará sus acuerdos por simple mayoría, pudiendo ordenar la suspensión del procedimiento.”; y “7°. Decidir la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el número anterior. El Tribunal conocerá estos asuntos en pleno y, para declarar la inconstitucionalidad de un precepto de rango legal, deberá hacerlo por los dos tercios de sus miembros en ejercicio”.

La acción de inaplicabilidad podrá ser entablada de oficio por el tribunal que conoce de la gestión o por vía recursal “por quien sea parte en ella” antes de la sentencia (antes que el asunto quede en estado de dictarse sentencia de término, como hipótesis procesal y que excluye la sentencia firme pasada en autoridad de cosa juzgada), y la cuestión de inconstitucionalidad se activa ante el Tribunal Constitucional vía acción pública. En el nuevo texto del art. 93 N° 6 y N° 7 la acción de inaplicabilidad la ejerce el juez o la parte, como sujetos legitimados, y la cuestión de inconstitucionalidad,

<sup>134</sup> Francisco Zúñiga Urbina: “Control Concreto de Constitucionalidad: Recurso de inaplicabilidad y cuestión de constitucionalidad en la reforma constitucional”, Revista de Estudios Constitucionales N° 1, año 2, CEC, 2004, pag. 209-225. Del mismo autor: “Sentencia del Tribunal Constitucional”, en libro colectivo de Lexis Nexis, Santiago, 2005. Una esquemática exposición acerca de las decisiones de cuestión de inconstitucionalidad de la Corte Constitucional italiana (sentencias y autos) y tipos de sentencias de Roberto Romboli: “La Tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, en Revista Española de Derecho Constitucional N° 48, 1996, págs 35-80.

posterior a la sentencia estimatoria de inaplicación acordada por la mayoría de los miembros en ejercicio del Tribunal Constitucional, se activa de oficio por el propio Tribunal o mediante acción pública. En la práctica, esto significa que en el híbrido “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” se instaura un proceso de constitucionalidad (control concreto que transita a un control abstracto) con una legitimación procesal ampliada, (tribunal de oficio, recurso o acción de parte) con lo cual se suprimen límites o filtros muy importantes que tienen este tipo de control concreto en Derecho Comparado.<sup>135</sup> El tribunal ordinario o especial de la gestión es, valga la redundancia, un “tribunal”, es decir, como órgano un tercero independiente e imparcial creado por ley y titular de un fragmento de potestad jurisdiccional (competencia). Tal tribunal puede ser “un tribunal ordinario o especial”, entendiéndose por tales los tribunales ordinarios y especiales que integran el Poder Judicial en los términos del artículo 5º del Código Orgánico de Tribunales (excluidos los tribunales arbitrales), y también los “demás tribunales especiales” que no integran ésta Judicatura, como ocurre con los tribunales de Justicia Electoral. Este artículo 5º de la ley orgánica constitucional del Poder Judicial que se ha modificado sustancialmente si se le compara con el primitivo texto de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875, es demostración palmaria de la “pluralidad de jurisdicciones” imperante en la organización judicial de nuestro Estado.<sup>136</sup>

Consecuencialmente se produce una notable amplitud de hipótesis procesales y de tribunal de la “gestión” en la “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” que obliga a la adopción de resguardos o filtros, a fin de evitar que la inaplicabilidad sea un expediente dilatorio ante un tribunal ad quem, y corrija la “sobrecarga” de ingresos por esta vía en el Tribunal. En la perspectiva de lege ferenda resulta razonable dotar al Tribunal Constitucional (y sus salas) de herramientas para establecer in limine litis, vía auto sumariamente fundado, la admisión o inadmisión de la acción de inaplicabilidad intentada, un verdadero “writ of certiorari”. De este modo el trámite de admisión se transforma en el mecanismo procesal ex ante para aquilatar los presupuestos procesales

<sup>135</sup> Cano Mata, Antonio: “Cuestiones de Inconstitucionalidad. Doctrina del Tribunal Constitucional” Edit Civitas, Madrid, 1986. Cano Mata se hace cargo en el contexto español a la crítica de González Pérez a la restringida legitimación procesal de la cuestión en España señalando: “...si las partes de un proceso ordinario estuvieren legitimadas para el planteamiento de este proceso de inconstitucionalidad, múltiples recursos de los que se interponen ante los jueces y tribunales españoles se dilatarían –con frecuencia indebidamente– distorsionando una administración de justicia en la que la celeridad y eficacia deben ser dos notas características” (p.40). También Francisco Fernández Segado: “La Jurisdicción Constitucional en España”, Edit Dykinson, Madrid, 1984, en especial pags. 89-121.

<sup>136</sup> Consultar el tratamiento sobre tribunales ordinarios y especiales del profesor Hugo Pereira Anabalón: “Curso de Derecho Procesal”, Edit. Cono Sur, Santiago, 1993, Tomo I, pág. 240-247. Idem de Mario Casarino V.: “Manual de Derecho Procesal”, Edit. Jurídica, Santiago, 5º ed., 1998, tomo I 6974. Finalmente consulta obligada es el clásico de Manuel Egidio Ballesteros: “La Ley de Organización i Atribuciones de los Tribunales de Chile”, Imprenta Nacional, Santiago, 2 vol., 1890, Tomo I., pag. 43-112.

de la acción de inaplicabilidad y ponderar prima facie su relevancia-fundamento. En el breve tiempo transcurrido de vigencia de la reforma constitucional de 2005 y sin reformar aún la ley orgánica de esta Judicatura, tenemos que la admisibilidad en la acción de inaplicabilidad no ha sido muy exigente, bastando un examen de presupuestos procesales mínimos y el cumplimiento de requisitos elementales para el requerimiento o libelo que contiene las pretensiones del actor o recurrente (artículos 39 y 41 de la Ley Nº 17.997 orgánica constitucional del Tribunal Constitucional).

Para concluir en este apartado preliminar resta consignar que el híbrido “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” es un proceso de constitucionalidad que opera como control concreto de “preceptos legales” y por ende, necesariamente, es una cuestión incidental previa, aunque deviene inevitablemente en la cuestión en un control abstracto.<sup>137</sup> En el fondo como nos recuerda González Pérez la cuestión de inconstitucionalidad es una cuestión “prejudicial”;<sup>138</sup> pero que no puede importar transferir al Tribunal Constitucional la decisión acerca de litigios, conflictos o “gestiones” concretas, ni menos aún, para buscar a través suyo una depuración abstracta del ordenamiento jurídico. La cuestión de inconstitucionalidad en el caso español “no es pues una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución”.<sup>139</sup> En suma, la cuestión de inconstitucionalidad, anota Pérez Royo, es el resultado “de la acción combinada de dos monopolios: el de administrar justicia a favor del poder judicial y el del control de constitucionalidad a favor del Tribunal Constitucional”.<sup>140</sup>

Lo anterior no obsta al alcance o efecto casatorio o revocatorio según el caso, que posee la sentencia estimatoria en sede de inaplicabilidad, respecto del derecho material (“precepto legal” impugnado) que el tribunal ordinario o especial de la gestión pendiente está llamado a aplicar al dictar sentencia, cuando la gestión pendiente ha sido objeto de sentencia definitiva (o interlocutoria en algún caso) en primera instancia o en sede de apelación o casación forma. El único límite de la sentencia estimatoria es la cosa juzgada emanada de un tribunal de la nación.

<sup>137</sup> Jiménez Campo, Javier: “Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad”, en libro colectivo “Los Procesos Constitucionales”, Edit. CEC, Madrid, 1992, pags. 13-38. Del mismo autor: “Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español”, en libro colectivo: “La Jurisdicción Constitucional en España”, Edit. CEC, Madrid, 1995, pags. 71-112.

<sup>138</sup> González Pérez, Jesús: “Derecho Procesal Constitucional” Editorial Civitas, Madrid 1980, pag. 262.

<sup>139</sup> Fernández Segado Francisco: “El Sistema Constitucional Español”, Edit. Dykinson, Madrid, 1992, pag. 1085-1086.

<sup>140</sup> Pérez Royo, Javier: “Curso de Derecho Constitucional”, Edit. Marcial Pons, 6ª edición, Barcelona Madrid, 1999, pag. 920.

## II. "INAPLICABILIDAD-CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD" Y LEGISLACIÓN

La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el híbrido "inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad" tiene efectos directos en la legislación específicamente en los siguientes campos: leyes preconstitucionales y leyes postconstitucionales; seguridad jurídica y cosa juzgada; presunción de constitucionalidad de la ley; ley e igualdad constitucional y finalmente la sujeción de la ley a ciertas pautas de racionalidad para su constitucionalidad.

En primer lugar debemos consignar que la sentencia del Tribunal Constitucional en sede de "inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad" como proceso de constitucionalidad, permite un control normativo represivo (concreto-abstracto) de constitucionalidad de "preceptos legales", es decir, normas de ley, o que posean rango o fuerza de ley (legislación regular, legislación delegada y legislación irregular) que en su conformidad en un plano temporal con la Constitución pueden ser: leyes preconstitucionales y leyes postconstitucionales, y de este modo es un medio procesal de control objetivo de interpretación judicial de la ley.<sup>141</sup> La inexistencia de una cláusula derogatoria general de la legislación contraria a la Constitución vigente o de sus reformas (suponiendo que una cláusula de este tipo fuere efectiva, lo que es dudoso), plantea necesariamente y sin ambages o excusas la sujeción de los tribunales que integran el Poder Judicial y los tribunales de Justicia Electoral a la Constitución y a la ley.

Además, es oportuno recoger una precisión dogmática, en otros lugares anotada con pertinacia, entre la Constitución y la conformación de la legislación a ésta se plantea un problema de validez, esto es de sujeción o conformidad a las normas iusfundamentales de la producción de normas legales, y no un problema de vigencia, esto es, de derogación expresa o tácita. Por ello la no conformidad de la legislación postconstitucional a la Constitución es inconstitucionalidad originaria y de la legislación preconstitucional a la Constitución es inconstitucionalidad sobrevenida. Por

<sup>141</sup> Pérez Tremps, Pablo: "Tribunal Constitucional y Poder Judicial", Edit. CEC, Madrid, 1985, pags. 247-250. Para Pérez Tremps el control de normas recae en la actividad hermenéutica y la unificación interpretativa desde la Constitución que produce, y agrega: "Desde esta perspectiva, todo control de una norma ya aplicada va unido indisolublemente al control de interpretación que de esa norma se haya puesto que norma e interpretación tienen una existencia simbiótica, aunque la interpretación puede cambiar. Muestra de esa unión entre norma e interpretación son, en el terreno constitucional, las sentencias en la que, controlando normas, un tribunal constitucional, las considera contrarias a la norma fundamental en tanto en cuanto se interpretan de una determinada forma o adecuadas a la Constitución si se interpretan de una manera concreta" pag 247. También es de obligada consulta acerca de la sujeción de los jueces a la Constitución y la ley, la brillante y última monografía publicada del malogrado Ignacio de Otto Pardo: "Estudios sobre el Poder Judicial", edic. del Ministerio de Justicia, Secretaría Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989; en especial pags 67-79. Sobre la distinción entre validez y vigencia, inconstitucionalidad y derogación un trabajo propedéutico de teoría general del derecho de Juan José Moreso Mateos: "Sobre Normas Inconstitucionales" Revista Española de Derecho Constitucional Nº 38, 1993, pags. 81- 115.

todo ello el distingo entre inconstitucionalidad y derogación es descaminado, y fuente de más de un error; error que podría ser adjetivado de purismo conceptual, pero que entraña el peligro de admitir a los tribunales del fondo, a saltarse la "inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad" y bajo el pretexto de su vinculación a los principios de constitucionalidad "inaplicar" la ley preconstitucional, bajo la modalidad de derogación; poniendo en riesgo el monopolio de control de constitucionalidad residenciado en el Tribunal Constitucional.

Ello obliga en el contexto de un Estado de Derecho y del imperio de la ley, a activar o incoar por los medios preceptivos la "inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad" para declarar la inconstitucionalidad de la ley, no pudiendo desvincularse del imperio de la ley a los tribunales de justicia o los tribunales electorales, pretextando tales tribunales que la ley infringe la Constitución. El principio de legalidad somete a los tribunales o jueces de modo tal que no permite desaplicar la ley fundados en valores, principios o normas, aunque estos tengan recepción iusfundamental, de suerte que, los tribunales o jueces con la cuestión de inconstitucionalidad incoada de oficio en sede a quo, podrán "enjuiciar" la ley desde el punto de vista de la constitucionalidad, pero quedan inhibidos de la posibilidad de "rechazarla" por sí mismos (Otto Pardo).

Por lo tanto, la vinculación de los jueces a la Constitución (que aquilata en principios de constitucionalidad: supremacía, valor normativo y eficacia normativa) y a la ley, debe dar cuenta de la estructura normativa iusfundamental y de la aplicación de reglas hermenéuticas conformes a la Constitución. En palabras de Ignacio de Otto: "Ello significa que la aplicación inmediata de la Constitución para la resolución de los litigios, cuando la norma sea por su naturaleza aplicable; significa también que la función de aplicar la legalidad ordinaria se hará interpretando ésta de conformidad con la Constitución excluyendo interpretaciones que le sean contrarias, como lo exige el principio de interpretación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución..." (p. 70). Admitir lo contrario sería negar la existencia de los monopolios de administrar justicia, de heterocomponer conflictos electorales y de controlar la constitucionalidad asignados al Poder Judicial, Justicia Electoral y al Tribunal Constitucional respectivamente, y abrir la puerta a un sistema difuso de control de constitucionalidad de la ley. Además significaría quebrar con el instituto de la casación y el rol primordial de la Corte Suprema en el Poder Judicial en este campo como corte de casación superior.

En segundo lugar, la sentencia del Tribunal Constitucional de "inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad" plantea problemas en torno a la seguridad jurídica y la cosa juzgada.<sup>142</sup> La acción de inaplicabilidad debe ser planteada de oficio o por vía de

<sup>142</sup> Zagrebelsky, Gustavo: "La Giustizia Costituzionale" Il Mulino, Bolonia, 1977, nueva edición de 1988, en especial capítulo 7 sobre la decisión de la cuestión de legitimidad constitucional de la ley, pags. 255-288. Del mismo autor

acción o recurso de lo que debemos colegir necesariamente y como hipótesis de procedibilidad de la acción, que ésta debe ser impetrada antes de que la "causa" quede bajo la autoridad de la cosa juzgada, es decir, antes de que la "gestión pendiente" sea resuelta mediante una sentencia firme y ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada; ya que conforme lo dispone el inciso primero del art. 76 de la Constitución todo poder público queda inhibido de "ejercer funciones judiciales, avocarse a causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos".<sup>143</sup>

En la perspectiva de lege ferenda la reforma a la Ley N°17.997 orgánica constitucional del Tribunal Constitucional debe hacerse cargo de este punto así como de las condiciones procesales bajo las cuales se ordene la "suspensión del procedimiento" por el tribunal ante el cual se ventila la "gestión", litigio o conflicto. Sobre este tema Zagrebelsky plantea una interesante punto de vista, en orden a que la decisión o sentencia de la cuestión de inconstitucionalidad es "necesariamente retroactiva", y los dispositivos de efecto temporal ex nunc o pro futuro están destinados a fracasar; ya que la declaración de inconstitucionalidad de contenido invalidatorio- anulatorio y efecto personal general o erga omnes, conlleva que la ley inconstitucional, por obra de esta vía prejudicial, no pueda ser aplicada a "gestiones" sub iudice, y en tales causas las relaciones jurídicas anteriores a la decisión de inconstitucionalidad, simplemente se ven privadas en la tutela judicial del fragmento de derecho material expulsado del ordenamiento jurídico. Luego, la sentencia de la cuestión de inconstitucionalidad, genera en el fondo efectos retroactivos, para las relaciones jurídicas ventiladas en una "gestión", litigio o conflicto, que no estuvieren agotadas por una decisión judicial pasada en autoridad de cosa juzgada. Ello obliga a tribunales constitucionales como el italiano o alemán a emplear técnicas interpretativas morigeradoras de estos efectos prácticos como la "dichiarazione di inconstituzionalità a termine" o la declaración de inconstitucionalidad con reserva de revisión legislativa por parte del legislador.

Este interesante efecto reflejo de la sentencia en sede de cuestión de inconstitucionalidad anotado por Zagrebelsky, es sin perjuicio de que en nuestro medio el artículo N° 94 de la Constitución ordena claramente que la sentencia estimatoria tienen un efecto temporal ex nunc o profuturo.

En tercer lugar, la sentencia del Tribunal Constitucional de "inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad" debe dar cuenta de la presunción de

<sup>143</sup> "Le diverse modalità del controllo di legittimità costituzionale delle leggi nel sistema italiano (a posteriori) e nel sistema francese (preventivo): vantaggi e svantaggi de due sistemi", en *Revue Internationale de Droit Comparé*, N°4, 1990, pags.1337-1343. También es útil consultar a Ma. Del Carmen Blasco Soto: "Reflexiones en torno a la fuerza de la cosa juzgada en la sentencia dictada en cuestión de inconstitucionalidad" *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 41, 1994, pags. 35- 62.

<sup>144</sup> Pereira Anabalón, Hugo: "Fundamento Constitucional de la Cosa Juzgada", *Revista Gaceta Jurídica* N°47, 1984, pags. 10-18.

constitucionalidad de la ley.<sup>144</sup> Esta presunción de constitucionalidad es fruto de la sujeción de los órganos legislativos a la Constitución y las demás normas dictadas conforme a ella, y del principio democrático que le confiere a la ley una especial legitimidad. El híbrido "inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad" permite sostener en su defensa que lograría graduar los efectos de la sentencia en relación a la ley. En efecto, la sentencia estimatoria de inaplicabilidad, en la medida que es una manifestación de control concreto, declara la inconstitucionalidad (inaplicación) de la norma legal (en rigor no afecta al enunciado legal) a aplicar por el tribunal de la "gestión", litigio, conflicto, con efectos temporales ex tunc y efecto personal relativo o inter partes. En cambio, la sentencia estimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad importa la declaración de inconstitucionalidad y por ende, invalidez (anulabilidad) de la ley, con efecto temporal, ex nunc o pro futuro y efecto personal general o erga omnes. De allí que sostenemos una mutación del control concreto (acción de inaplicabilidad) al control abstracto de constitucionalidad (cuestión de inconstitucionalidad). A pesar de esta gradualidad de los efectos materiales, temporales y personales en lo concerniente a su aptitud destructiva o "derogatoria" de la ley, la declaración de inconstitucionalidad en sede de inaplicabilidad debilita, sino anula, la presunción de constitucionalidad de la ley y cuestiona severamente el principio de seguridad jurídica. Más aún, mientras dure el contencioso constitucional, después de la admisión a trámite de la inaplicabilidad, se produce la sospecha de una potencial inconstitucionalidad, que también incide en la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones jurídicas, lo que es profundizado ante la constatación práctica de que la sentencia estimatoria posee un efecto retroactivo o ex tunc indirectos (Zagrebelsky), más allá del efecto temporal ex nunc o futuro de la sentencia estimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad ordenado por el artículo 94 C.P.R.

En cuarto lugar, la sentencia del Tribunal Constitucional de "inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad" repone la necesaria conexión, de herencia liberal burguesa en el constitucionalismo, de la ley al principio de igualdad constitucional. En efecto, en la medida que la "inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad" permite la declaración de inconstitucionalidad (formal, material y competencial), se endereza a convertirse en un instrumento de tutela de derechos fundamentales, más aún si no llegó a aquilatar en la reforma constitucional de 2005 el instituto del amparo extraordinario de derechos.<sup>145</sup> De este modo, la "inaplicabilidad-cuestión de

<sup>144</sup> Alegre Martínez, Miguel Ángel: "Control difuso y control concentrado de constitucionalidad: características diferenciales". En *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N°6, segunda época, Universidad de Valencia, 1944, pags. 113-136.

<sup>145</sup> Rousseau, Dominique: "La justicia constitucional en Europa" (Trad. F. Ortiz y estudio T. Freixes Sanjuán), Edit. CEPC, Madrid, 2002, pags.79-105. También sobre el concepto material de ley en conexión con el principio de igualdad Francisco Rubio Llorente: "La Forma del Poder.(Estudios sobre la Constitución)" Edit. CEC, Madrid, 1993,pags. 355-365.

inconstitucionalidad” va a ser un instrumento de control normativo represivo de inconstitucionalidad, en especial de inconstitucionalidad material, en razón de que prospectivamente se va a utilizar como un medio impugnativo de leyes de desarrollo de derechos fundamentales (en especial de derechos civiles y de contenido patrimonial) que no cumplan con la matriz o concepto de ley material. Esto significa que la acción de “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” va a servir también, usualmente, como una “cuestión prejudicial” de juicios reparatorios de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, sin perjuicio de servir de herramienta de depuración objetiva del ordenamiento jurídico.

Finalmente, la sentencia del Tribunal Constitucional de “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” va a conferir al órgano jurisdiccional la posibilidad de determinar la legitimidad constitucional de la ley en razón de ciertos cánones o reglas que cauteleen una racionalidad legislativa, tanto del Estado liberal como del Estado social, enderezados a asegurar la seguridad jurídica; en particular cuando se trate de desarrollo legislativo de derechos fundamentales. Tales cánones o reglas someten a la ley y al legislador a un test de constitucionalidad, que refuerza en último término la presunción de legitimidad del obrar de este poder público.

Estos dos últimos temas merecen una explicación desagregada que abordaremos en el capítulo siguiente y que de algún modo dan cuenta de un cambio profundo en las relaciones que mantienen el Tribunal Constitucional con los órganos legislativos.

### III. LEY Y DERECHOS FUNDAMENTALES: “IGUALDAD CONSTITUCIONAL”

A nuestro juicio, no existe un concepto unívoco de ley en la Constitución, sino la recepción de elementos formales y materiales en la definición de la ley como acto estatal, que se traduce directamente en la tipología de leyes del art. 66 de la Constitución (leyes interpretativas, leyes orgánicas constitucionales, leyes de quórum calificado y quórum calificadísimo y leyes ordinarias o comunes) estructurada bajo un principio de competencia o distribución de materias, que por una parte tiene quórums diferenciados y por otra segmenta el dominio o competencia legislativa, lo que nos lleva a preferir la “forma de ley”, como categoría descriptiva en la dogmática. Al mismo tiempo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional crea tipos de ley nuevos como las “leyes de base”.<sup>146</sup>

<sup>146</sup> Zúñiga Urbina, Francisco: “Leyes de Bases en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Revista de Derecho XXIII, Universidad Católica de Valparaíso, 2002, pags. 211-242. También “Concepto de ley y tipos de leyes”, Revista de Derecho XVIII, Universidad Católica de Valparaíso, 1997, pags.259-276.

Con todo, la ley material, entendida esta como acto legislativo, que reúne los caracteres o notas de identidad de: generalidad, abstracción, certeza y obligatoriedad, deviene en una exigencia de la ley como título de intervención del Estado regulador y fuente del desarrollo legislativo de derechos fundamentales (derechos civiles), como resultado de reservas explícitas o implícitas, y adecuación al principio de igualdad constitucional, derechos de igualdad y garantías de éstos.

Además, no podemos dejar de consignar la raíz ideológica del dualismo de conceptos formal y material de ley, que, a pesar del debate prusiano acerca del Presupuesto, es muy propio de la cosmovisión ideológica liberal burguesa, que engarza en el fetichismo de la ley y la Codificación.<sup>147</sup> Bien observa Schmitt que para que el “imperio de la ley” conserve su conexión con el Estado de Derecho “es necesario introducir en el concepto de ley ciertas cualidades que hagan posible la distinción entre una norma jurídica y un simple mandato a voluntad, o una medida”.<sup>148</sup> El concepto material de ley es una exigencia de la libertad y propiedad burguesas; de suerte que, el “imperio de la ley” impide un legislador arbitrario.

Se exige de la ley reunir ciertas propiedades: rectitud, razonabilidad, justicia, etc; que presuponen generalidad, abstracción y certeza, en el fondo es un tipo de racionalidad liberal burguesa fundada en el cálculo, predeterminación, seguridad;<sup>149</sup> concepto que, en definitiva hunde sus raíces en el pensamiento jurídico y filosófico clásico. Asimismo, este concepto material de ley entronca con la igualdad constitucional. “Igualdad ante la ley –dice Schmitt– significa, no sólo aplicación igual de la ley emitida, sino protección contra quebramientos, dispensas y privilegios, cualquiera sea la forma en que surgen. Del amplio campo de las cuestiones litigiosas a que ha conducido el postulado de igualdad ante la ley, interesa recoger aquí una: la igualdad ante la ley es inmanente al concepto de ley propio del Estado de Derecho, es decir, ley es sólo la que contiene en sí misma la posibilidad de una igualdad, siendo, así, una norma general. Ante un mandato particular no hay igualdad ninguna, porque está determinado en su contenido la situación individual del caso concreto, mientras que la ley en el sentido del Estado de Derecho significa una regulación normativa, dominada por la idea de la justicia, y cuya igualdad significa justicia. El concepto bien entendido de igualdad está inseparablemente ligado al concepto bien entendido de ley”.<sup>150</sup> El propio Schmitt desde posiciones conservadoras y autocráticas observa la

<sup>147</sup> Zúñiga Urbina, Francisco: “Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador”, Edit. Lexis Nexis, Santiago, 2005.

<sup>148</sup> Schmitt Carl: “Teoría de la Constitución” (Trad. F. Ayala y epílogo Manuel García Pelayo) Alianza Editorial, Madrid, 1982, pag. 149.

<sup>149</sup> García Pelayo, Manuel: “Derecho Constitucional Comparado”, en Obras Completas 3ª ed, Vol I, Edit. CEC, Madrid, 1991, pag. 286-291. Idem es notable el libro de Franz Neumann: “El Estado Democrático y el Estado Autoritario”. (Trad. M. Reilly y C.A. Fayard) Edit. Paidós, Buenos Aires, 1968, pag. 33-69.

<sup>150</sup> Schmitt, C.: ob. cit. pag. 162.

crisis del concepto liberal burgués de ley, que defiende libertad y propiedad, que asume como premisas una racionalidad, certeza y justicia propios de la “fe iusnaturalista en la Ley de la Razón y la Razón en la Ley”.

Finalmente, en este punto resta anotar que en el dualismo concepto formal-concepto material de ley, subyace la vieja distinción entre voluntas y ratio. La ideología liberal burguesa retoma esta distinción, de suerte que, el concepto material de ley define a la ley, “razón escrita”, en que la generalidad, abstracción y certeza son exigencias del postulado ético de la igualdad formal y de la prohibición de la retroactividad. De este modo, la ingerencia de la ley en la libertad (libertad personal, libertad política, libertad económica y libertad social) sólo puede producirse mediante ley material, la ley del Estado de Derecho. Por ello es notorio un hilo de continuidad en los conceptos de ley de autores del siglo de la Ilustración y de la revolución burguesa Montesquieu, Rousseau y Kant.

Ahora bien, resulta obvio que el concepto de ley material propio del Estado de Derecho, tiene tres funciones en el sistema de dominación política: ocultar la dominación de la burguesía, hacer que el sistema económico sea previsible y garantizar un mínimo de libertad e igualdad (Neumann). Por ello, el legiscentrismo o “fetichismo” de la ley es un lugar común en la cultura jurídica de Europa y en la cultura jurídica anglosajona (Bentham) y conecta esta ideología liberal burguesa con el primer positivismo jurídico del siglo XIX.<sup>151</sup>

Sin embargo, sólo la libertad individual y la igualdad formal pueden ser objetivos del concepto material de ley, y la exigencia de la ley propia del Estado de Derecho, y los erigen en conceptos enderezados como un argumento en defensa del orden social, político y económico capitalista. Neumann observa: “El postulado según el cual el Estado sólo debe gobernar por medio de leyes generales resulta absurdo en la esfera económica si el legislador no está frente a competidores igualmente fuertes sino frente a monopolios que trastocan el principio del mercado libre” (...) “Este recurso a las ideas de igualdad y generalidad legales constituye en realidad un reconocimiento disfrazado del derecho natural, que ahora cumple funciones contrarrevolucionarias” (57-58).

Por todo ello la crisis del legiscentrismo o “fetichismo de la ley” coincide con la gran crisis del capitalismo temprano y el Estado liberal en el periodo de entreguerras.<sup>152</sup> En el contexto del Estado social y del capitalismo tardío no tiene cabida un concepto material de ley como propio y exclusivo del Estado de Derecho, el concepto de ley tradicional se difumina, por lo que hablamos de “forma de la ley”. El concepto material

<sup>151</sup> Bentham, Jeremías: “Tratados de Legislación Civil y Penal”, (edición de M. Rodríguez Gil), Edit. Nacional, Madrid, 1981, pags. 92-96. Del mismo autor: “The Principles of Morals and Legislation” Prometheus Books, New York, 1998, en especial pags. 309-336. También John Austin: “El Objeto del Jurisprudencia”, (Traducción y estudio J.R. de Páramo Argüelles) Edit. CEPC, Madrid, 2002, en especial Lección I (pag. 33-53) y Lección VI (pag. 197-338).

de ley subsiste limitadamente, como hemos sostenido antes, para admitir constitucionalmente un título de intervención legítimo del Estado regulador (y de su Administración), y un desarrollo legislativo de derechos fundamentales, específicamente de derechos civiles.

Interesa al tema que nos ocupa puntualizar que las exigencias que la dogmática hace al concepto material de ley, que permite identificar como caracteres propios del acto normativo ley los siguientes: generalidad, abstracción, certeza y obligatoriedad; es un concepto constitucionalmente adecuado sólo para la legislación de desarrollo de derechos fundamentales. Ello no puede inducirnos a olvidar el concepto de “ley parlamentaria”, que designa como ley al acto estatal fruto de un iter legis establecido en la Constitución, que emana del Parlamento como órgano de representación política (concreción del pluralismo político y que sus decisiones son fruto de la deliberación) depositario principal de la función y potestad legislativa. En ese sentido el principio democrático da soporte a la ley como acto estatal normativo con vocación de innovación y le confiere un importante grado de “discrecionalidad”. Por todo ello siempre se impone la “forma de ley”.<sup>153</sup>

Por último, no podemos cerrar este excursus acerca del concepto material de ley, sin dar cuenta del aporte crítico de Carré de Malberg en la materia, quien nos invita a trabajar o descartar el dualismo ley formal-ley material en razón del derecho positivo francés de la III República y del concepto de ley en la Constitución. Reconoce Carré de Malberg que primordialmente los actos del Estado en las Constituciones responden a una cuestión de formas y correlaciones de órganos, así la decisión “emitida en la forma legislativa por el órgano de la legislación lleva, en la terminología constitucional, el invariable nombre de ley, sean cuales fueren su contenido y su naturaleza interna”.<sup>154</sup> Con todo reconoce el maestro de Estrasburgo que las constituciones de la revolución francesa se inclinan, por influencia de Rousseau, por un concepto material de ley como expresión de una “voluntad general”, que no es dualismo, sino vaciamiento de la ley formal en la ley material. Ello contrasta con el concepto formal de ley de la Constitución

<sup>152</sup> Aunque carga las tintas y es del todo criticable en su acentuado “fetichismo constitucional” un texto de consulta obligado sobre la crisis del legiscentrismo es el de Gustavo Zagrebelsky: “El Derecho Difícil. Ley, Derechos y Justicia” (Trad. M. Gascón y epílogo G. Peces-Barba), Edit. Trotta, Madrid, 1995, en especial pag. 21-45 y pag. 109-130. La profunda desconfianza de Zagrebelsky en la ley, la evidencia en la relación de mitos Antígona y Creonte, insertadas sesgadamente con la función de la ley en regímenes totalitarios, en breve artículo de este autor: “La Ley, el Derecho y la Constitución” Revista Española de Derecho Constitucional Nº 72, 2004, pags. 11-24.

<sup>153</sup> Kelsen, Hans: “Teoría General del Estado” (Trad. L. Legaz), Edit. Nacional, México DF, 1965, pag. 307-308. También la traducción de la segunda edición de la “Teoría Pura del Derecho” (Trad. R. Vernengo), Edit. Porrúa, 1ª ed., México DF, 1991, pag. 232 y ss. Finalmente, esboza una crítica brillante al dualismo ley formal-ley material Kelsen en su primera gran obra: “Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)” (traducción de la 2ª ed. alemana W. Rocas y notas U. Schmill) Edit. Porrúa, México, 1987, pag. 469-492.

<sup>154</sup> Carré de Malberg, Raymond: “Teoría General del Estado”. (Trad. J.L. Depetere, prefacio H. Gross S.), FCE, UNAM, México DF, 2ª ed., 1ª reimp., 2000, ob. cit. pag. 257.

de 1875.<sup>155</sup> Recuerda el maestro de Estrasburgo que en el dualismo ley formal-ley material, late de fondo una distinción entre funciones materiales y funciones formales de la potestad pública, distinción que arranca de la “falta de concordancia entre la competencia constitucional de los órganos y el campo natural de las funciones consideradas en sí mismos”, pero además late de fondo en el dualismo, la “base misma de delimitación de las competencias legislativas y administrativas”, lo que redundante en que la legislación material (que descansa en la regla de derecho) es el “campo especial y natural de la legislación formal”.

La crítica de Carré de Malberg al concepto material de ley, está dirigida a las doctrinas tradicionales de la generalidad de la ley como acto estatal y a la noción de “regla de derecho”, inapropiadas en el sistema de derecho positivo establecido por la Constitución, en especial crítica la doctrina de Laband y Jellinek acerca de la “regla de derecho”, que sólo considera “aquellas prescripciones que tienen por especial objeto fijar la condición jurídica de los súbditos del Estado”; oponiendo “leyes que crean derecho” y “leyes administrativas”.

Concluye Carré de Malberg postulando la necesidad de un concepto constitucionalmente adecuado de ley, que en el ordenamiento jurídico francés de época es predominantemente formal, ya que se establecen órganos, procedimiento legislativo y una competencia legislativa ilimitada. De este modo, la ley adquiere dos funciones: “primero tiene la ley como función imprimir un valor superior a las prescripciones que dicta, haciéndolas depender en adelante de la exclusiva voluntad del cuerpo legislativo, único que podría modificarlas o derogarlas en lo sucesivo. Y la segunda función de la ley es la de estatuir, bien a título de regla general, o bien como disposición particular, sobre todos aquellos objetos que, al no haber sido previstos por la legislación vigente, no pueden regularse por la vía de una decisión o medida que constituya una ejecución administrativa de las leyes”. En suma la ley no se caracteriza por su contenido, sino por su forma y por la fuerza inherente a dicha forma y debe definirse por “su potencia especial de decisión inicial”.

A modo de recapitulación final sobre el tema debemos reiterar que el concepto material de ley, de valor limitado en nuestro ordenamiento, es una consecuencia natural del principio constitucional de igualdad y de las igualdades y sus garantías, de suerte que el igual trato que la ley da a los sujetos de derecho es consecuencia de la generalidad, abstracción y certeza de la norma. Esta construcción dogmática tan propia del Estado liberal ha resistido el paso del tiempo y se proyecta incluso en el Estado social, al menos, en lo que atañe al desarrollo legislativo de los derechos fundamentales del

<sup>155</sup> Carré de Malberg, Raymond: “La Loi, expression de la volonté générale”, Edit. Economica, prefacio de reedición Georges Burdeau, Paris, 1984 (colección clásicos). En especial págs.43-60.

tipo civiles. Nuestra jurisprudencia constitucional lentamente ha recepcionado este concepto material de ley como se expondrá más adelante.

Asimismo, a la legislación se le impone un tipo de racionalidad legislativa que tiene varios modelos o niveles: racionalidad comunicativa o lingüística, racionalidad jurídico-formal, racionalidad pragmática, racionalidad teleológica y racional ética; niveles de racionalidad que están estrechamente ligados al Estado de Derecho como forma jurídico-política y a una idea de derecho y legitimación del poder que descansa en una racionalidad intrínseca del ordenamiento jurídico.<sup>156</sup>

Concluyendo el concepto material de ley también está ligado a ciertos principios o reglas cuando se trata de leyes de desarrollo de derechos fundamentales, en particular de derechos civiles, a saber: reglas de adecuación, coherencia, proporcionalidad, claridad y determinación.<sup>157</sup> Todos estos principios o reglas se tropiezan con la realidad del Estado social y el tipo de racionalización legislativa que este importa; y que nos lleva a distinguir entre ley material y ley formal y a reconocer leyes-medida, leyes programa, leyes-bases, que importan una polivalencia constitucionalmente admitida en nuestro país en cuanto al concepto de ley.

En consecuencia, sostenemos con reiteración que el concepto material de ley, reconociendo la polivalencia anotada, es un concepto constitucionalmente adecuado cuando se trata de legislación de desarrollo de derechos fundamentales, en particular de derechos civiles. Además, los principios o reglas de adecuación, coherencia, proporcionalidad, claridad y determinación son esenciales en el test de constitucionalidad de las normas (constitucionalidad material). Estos principios o reglas son fruto de los caracteres de generalidad, abstracción, certeza y obligatoriedad de la ley y hacen posible el imperio de la igualdad constitucional, en su dimensión formal al menos.

Sólo resta en este punto, señalar que de modo preliminar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha recogido de modo parcial estas reglas o principios de: adecuación, coherencia, proporcionalidad, claridad y determinación; señalando que la ley que regula el ejercicio de derechos fundamentales debe reunir los requisitos de “determinación” y “especificidad”: “el primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad (STC Rol N° 254, cons. 26). En un sentido análogo y profundizando en un concepto material de ley para la reserva, la jurisprudencia constitucional reciente

<sup>156</sup> Atienza, Manuel: “Contribución a una teoría de la legislación”, Ed. Civitas, Madrid, 1997, reimp. 27-52. Un clásico en la materia Max Weber: “Economía y Sociedad. Esbozo de una sociología, comprensiva” (edic. de J. Winkelmann y trad. J. Medina Echavarría y otros) FCE, 1ª ed. 1944, 2ª ed. 1964, 7ª reimpresión, México DF, 1984, en especial pag. 603-660 y 695-752.

<sup>157</sup> Montoro Chiner, María Jesús: “Adecuación al Ordenamiento y Factibilidad: Presupuestos de Calidad de las Normas”, Ed. CEC, Madrid, 1989.

ha sostenido: "17°. Que se desprende del considerando anterior que, cuando la Carta Fundamental ha previsto la reserva legal con carácter más absoluto, la regulación del asunto respectivo por el legislador debe ser hecha con la mayor amplitud, profundidad y precisión que resulte compatible con las características de la ley como una categoría, diferenciada e inconfundible, de norma jurídica; 18°. Que en la situación recién explicada el Poder Constituyente exige el desempeño de la función legislativa con un grado mayor de rigurosidad en la amplitud de la temática regulada, minuciosidad de la normativa que dicta, profundidad o grado de elaboración en los textos preceptivos que aprueba, pronunciamiento sobre conceptos, requisitos, procedimientos, y control de las regulaciones acordadas y otras cualidades que obligan a reconocer que, el ámbito de la potestad reglamentaria de ejecución se haya más restringido o subordinado; 19°. Que abocado al cumplimiento cabal de exigencia constitucional explicada, el legislador debe conciliar la generalidad, abstracción e igualdad de la ley, así como sus características de normativa básica y permanente. Por un lado, con la incorporación a su texto de los principios y preceptos, sean científicos, técnicos o de otra naturaleza, que permitan, sobre todo a los órganos de control de supremacía, concluir que el mandato constitucional ha sido plena y no sólo parcialmente cumplido. No puede la ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica." (S.T.C. Rol N° 370, cons. 17°, 18° y 19°).

Por último, completa este cuadro la amorfa garantía de contenido esencial del N° 26 del art. 19 de la Constitución, en virtud de la cual "los derechos no podrán ser afectados en su esencia, ni imponerles condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio" (STC, Rol N° 325, cons. 40°, entre otras)<sup>158</sup> La misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional traslada al campo de las garantías de reserva legal y de contenido esencial el criterio de razonabilidad y proporcionalidad, que debe guiar al legislador con motivo del desarrollo legislativo de derechos fundamentales (STC, Rol N° 280, cons. 28°). En especial la garantía de contenido esencial opera como una "supragarantía" de la seguridad jurídica (Cea Egaña), y cierra con cualidad de "clave de bóveda" el sistema de derechos fundamentales.

En consecuencia, el principio de legalidad, que comprende dos dimensiones: primacía de la ley y reserva de ley, tiene su complemento elemental en la garantía de contenido esencial destinado a limitar la "discrecionalidad política del legislador" y

<sup>158</sup> 141 Cea Egaña, José Luis: "Derecho Constitucional Chileno", Tomo II, Ed. U.C., Santiago, 2004, pág. 605-613.

del mismo modo se cercenan las "facultades de la Administración, estableciendo que "sólo por ley" pueda regularse el ejercicio de tales derechos" (Prieto Sanchís).<sup>159</sup> La garantía normativa de reserva de ley del art. 19 N° 26 de la Constitución, nos exige que el desarrollo legislativo de derechos, esté reconducido a la ley material al menos en lo concerniente a derechos fundamentales (civiles). La garantía normativa de contenido esencial, tiene un valor práctico y retórico, al cautelar la "esencia" de los derechos del legislador, imponiendo un "límite de los límites".<sup>160</sup> Posee la garantía de contenido esencial una específica relación con la orbita de los límites impuestos y funciones "defensiva" o de barrera frente al legislador y "ofensiva" al permitir introducir nuevos aspectos de los derechos fundamentales en particular ante el juez (Häberle); permitiendo la "transformación" de los derechos.<sup>161</sup>

Por todo ello la sentencia del Tribunal Constitucional de "inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad" deviene en un mecanismo llamado prospectivamente a cumplir dos objetivos en materia de legislación de desarrollo de derechos fundamentales en particular y de legislación en general: primero a servir de "cuestión prejudicial" (inaplicabilidad) en juicios reparatorios por responsabilidad patrimonial del Estado Legislador cuando la ley de desarrollo de derechos fundamentales (civiles) y en especial de contenido patrimonial) infrinja la matriz o concepto de ley material imponiendo ablaciones patrimoniales o cargas públicas lesivas de la garantía de la propiedad e igualdad constitucional; y segundo servir de instrumento de depuración del ordenamiento jurídico.

#### IV. CONCLUSIONES

Al tenor de los temas que plantea la relación de los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional de "inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad", en lo que concierne a la legislación; es menester recoger resumidamente las conclusiones de esta ponencia:

1. El control normativo represivo de inconstitucionalidad comprende "preceptos legales" es decir normas determinadas de ley, o que posean rango o fuerza de ley (legislación regular, delegada y legislación irregular), y que por su conformidad con la Constitución son: leyes preconstitucionales

<sup>159</sup> Prieto Sanchís, L.: "Estudios sobre Derechos Fundamentales", Edit. Debate, Madrid, 1990, ob. cit. pag. 167-169, 139-152.

<sup>160</sup> Consultar Juan Carlos Gavara de Cara: "Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn", Edit. CEC, Madrid, 1994.

<sup>161</sup> Häberle, Peter: "La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional" (traducción parcial de su tesis del italiano), Edit. Universidad Católica del Perú, San Miguel, 1997, en especial pags. 86-95, 348-351.

y postconstitucionales, en la medida que, el monopolio del control de constitucionalidad de la ley y los actos normativos se residencia en el Tribunal Constitucional. Este monopolio del contencioso constitucional fortalece el monopolio de administrar justicia del Poder Judicial, y el monopolio del contencioso electoral de la Justicia Electoral. Para la legislación esto significará una más eficiente cautela del imperio de la ley, en la medida que los tribunales no podrán ejercer en modo alguno un control de constitucionalidad, saliendo fortalecido el instituto de la casación.

2. El control normativo represivo de constitucionalidad no podrá negar o menoscabar la cosa juzgada, por lo que, la sentencia de “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” adquiere relevancia para la “gestión”, litigio o conflicto, cuando la sala del Tribunal Constitucional ordena la suspensión del procedimiento. De lo contrario el efecto temporal ex tunc de la sentencia estimatoria de inaplicabilidad podría no ser relevante en el derecho material de la decisión de la “gestión”. Y ciertamente los “preceptos legales” impugnables en esta sede deben ser determinados, derecho material y relevante en la “gestión pendiente”, litigio o conflicto a quo. Por otra parte la sentencia de cuestión de inconstitucionalidad que declara la inconstitucionalidad de la ley la invalida-anula, con efectos temporales ex nunc o pro futuro y personales generales o erga omnes.
3. La presunción de constitucionalidad de la ley sale aparentemente fortalecida con el híbrido “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad”, ya que la sentencia estimatoria podrá establecer una declaración de inconstitucionalidad del enunciado legal o de la ley, de alcance diferenciado. Sin embargo, tal gradualidad pone en la práctica en tela de juicio la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley y la propia presunción de constitucionalidad de la ley.
4. El control normativo represivo de constitucionalidad, podrá establecer la inconstitucionalidad de la ley fundada en vicios de forma, de materia o de competencia. Sin embargo, ante la ausencia del amparo constitucional de derechos fundamentales el híbrido “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad”, y con una mirada prospectiva del tema, va a ser empleado como un instrumento de tutela extraordinaria de derechos fundamentales, frente a un desarrollo legislativo impugnado de inconstitucional. Para la legislación esto significará prospectivamente la necesidad de adecuar la producción normativa de desarrollo de los derechos fundamentales a la matriz o concepto de ley material, para así respetar el principio de igualdad constitucional.

La legislación de desarrollo de derechos fundamentales de contenido patrimonial que fuere declarada inconstitucional hace de éste proceso de

constitucionalidad una “cuestión prejudicial” (en especial de la inaplicabilidad) necesaria para el título de imputabilidad en los juicios reparatorios dirigidos a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador.

5. Observamos una dualidad en el contenido de la cosa juzgada, y de efectos personales y temporales en la acción de inaplicabilidad y cuestión de inconstitucionalidad. La acción de inaplicabilidad no importa en rigor una declaración de inconstitucionalidad, sino la inaplicación al caso concreto del precepto legal impugnado (derecho material en la gestión), con efecto personal relativo a las partes en la gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, y un efecto temporal ex tunc o retroactivo. En cambio, la cuestión de inconstitucionalidad importa la invalidez-anulación del precepto legal, con efecto personal erga omnes o general y efecto temporal ex nunc o pro futuro, tal cual es la configuración de estos institutos (art. 93 N° 6° y N° 7°, y art. 94 inciso tercero y final C.P.R.). Luego, se produce una mutación del control concreto al control abstracto de constitucionalidad, que permite al Tribunal Constitucional graduar la declaración de inconstitucionalidad: de inaplicabilidad a inconstitucionalidad propiamente tal. Al mismo tiempo la sala del Tribunal al disponer la medida cautelar de suspensión del procedimiento que empece a la gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, relativiza la cosa juzgada e impide que los efectos ex tunc de la inaplicabilidad se estrellen contra la res iudicata y resulten frustrados.

Ello también conecta con el peculiar efecto o alcance casatorio o revocatorio que la sentencia estimatoria de inaplicabilidad tiene concretamente, en la gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, cuando se ha dictado sentencia definitiva (o interlocutoria en cierto caso) de primera instancia o en instancia posterior.

6. Además, cabe hacerse cargo de la tesis acerca de la imposibilidad de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador a la luz del inciso tercero y final del art. 94 nuevo C.P.R., que ordena los efectos temporales ex nunc de la declaración de inconstitucionalidad. Sin embargo, tal efecto temporal ex nunc o pro futuro se refiere exclusivamente a la sentencia recaída en la cuestión de inconstitucionalidad del N° 7 del art. 93 C.P.R. que importa declaración de inconstitucionalidad, y no a la declaración de inaplicabilidad, ya que se trata, como el veto presidencial lo reconoce, de declaraciones distintas. La acción de inaplicabilidad del N° 6 del art 93 C.P.R. importa una declaración de inaplicación de efecto temporal ex tunc; de suerte que la persecución de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en juicio de lato conocimiento va a requerir como “cuestión prejudicial” establecer un título de imputabilidad: la declaración de inaplicabilidad por

inconstitucionalidad del precepto legal que es causa del daño injusto; y la sentencia del Tribunal Constitucional por sus efectos temporales retroactivos, tendrá como único límite la cosa juzgada emanada de la sentencia que expida el tribunal de la gestión. De allí también la importancia que adquiere la medida cautelar de suspensión del procedimiento para conferirle pleno imperio a la sentencia estimatoria de inaplicabilidad.

7. Por último, la legislación, en particular, la legislación de desarrollo de derechos fundamentales, en una aproximación prospectiva quedará sometida a ciertas pautas o cánones de racionalidad, que recuperan un concepto de ley en armonía con el valor y principio de seguridad jurídica y la necesidad de que ésta esté dotada de una racionalidad legislativa lo suficientemente abierta como para admitir las racionalidades legislativas del Estado liberal y del Estado social. De este modo el control normativo concreto y abstracto de constitucionalidad guarda armonía con el objetivo de depuración del ordenamiento jurídico.

Finalmente, se hace imprescindible llamar la atención acerca de un cierto “fetichismo constitucional” que nos embarga usualmente y que nos lleva en definitiva, por asumir acríticamente visiones “principalistas” o neoiusnaturalistas de la Constitución, transformada ésta en un demiurgo normativo a partir del cual los jueces son los llamados a hacer efectivo los principios de constitucionalidad, aún sacrificando el imperio de la ley. Se requiere una actitud teórico-metodológica crítica, que puedo resumir en palabras de Laband: “...la Constitución no es un poder místico (“puissance mystique”) que planea por encima del Estado, sino que, como cualquier otra ley, es un acto de voluntad sometido a continuación a los cambios de esta”, y en palabras de Kelsen la Constitución es un “compromiso” con raíces sociales y políticas, que pone a salvo a la Carta de cualquier mayoría parlamentaria protegiendo a las minorías, y en especial los derechos fundamentales, generándose una oposición entre constitucionalismo y principio democrático.<sup>162</sup>

<sup>162</sup> Laband, Paul: “Le Droit Public de L'Empire Allemand” (traducida del alemán por C. Gandilhon y otros y revisada por el autor) Edit. V. Giard et E. Brière, en 6 volúmenes de 1900-1904, en especial la cita de tomo II de 1901 pag 314-315. Es menester observar, para matizar la rotundidad antimetafísica de Laband, que el jurista del Imperio guillermino trabaja con un concepto anacrónico de Constitución propio del siglo XIX y al cual subyace el predominio del principio monárquico, que lo lleva a precisar que la sumisión de la ley a la Carta es un postulado de “política legislativa” pero no un principio jurídico, y que por ende es un principio deseable en un orden estatal. También, Hans Kelsen: “Teoría General del Estado” ob. cit., pag. 330-331 y en “Esencia y Valor de la Democracia” (trad. R. Luengo y L. Legaz, prólogo de Ignacio de Otto y estudio de P. Römer), Edit. Labor, Barcelona, 2ª edición, 1977, pag. 81-83. El jurista vienes se anticipa brillantemente a los planteamientos contemporáneos que admiten que la Jurisdicción Constitucional quiebra el principio-dogma de la separación de poderes para salvarlo, y que al mismo tiempo es una “institución contra-mayoritaria” alojada, al parecer necesariamente, en el Estado democrático.

Luego los objetivos de la acción de “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad”, de protección de derechos fundamentales frente a la legislación de desarrollo de éstos y depuración del ordenamiento jurídico, no puede importar transformar a éste híbrido en una herramienta para quebrar el imperio de la ley, bajo la forma de sustituir el Estado de Derecho por el Estado Constitucional o Estado de Justicia.

De la relación Constitución-ley no hay duda que la Constitución es norma normorum y fuente primaria, pero la ley sigue siendo la fuente directa, ordinaria y principal del derecho y está revestida de la legitimidad democrática necesaria para dar cuenta de las decisiones políticas fruto de la deliberación pluralista, y de la idoneidad para el desarrollo de derechos fundamentales. Los principios de constitucionalidad deben ser entendidos como un enriquecimiento y no como una sustitución del principio de legalidad. La ley no es el único instrumento de ordenación social, pero es “insustituible”, porque sigue siendo expresión del principio democrático, en una realidad de Estado de partidos, de suerte que el imperio de la ley en particular para los jueces conlleva en la aplicación, la necesidad de una “interpretación uniforme para todo el pueblo” y objetiva por imperativo del principio de igualdad. En palabras de García de Enterría: El juez no es, como ya sabemos, un órgano ciego y automático de aplicación de las leyes, pero tampoco puede ser el señor del derecho en una sociedad libre e igualitaria. De nuevo el papel de la ley se revela central e insustituible en la sociedad democrática, por más que haya de convivir con la preeminencia de la Constitución y con el papel, no ya neutro sino activo, del juez, pero siempre vocado al servicio de la Constitución y la ley y de sus valores propios. Al sistema jurídico no le interesan nada las opiniones personales de quienes actúan como jueces, sino sólo su capacidad para expresar las normas que la sociedad se ha dado a sí misma y para hacerlas llegar a su efectividad última, lo que impone operar necesariamente con sus principios, depurando y afinando su alcance”.<sup>163</sup>

Cabe, además hacer otro alcance, la reforma constitucional al instituir un monopolio del control de constitucionalidad de la ley concentrado en una Judicatura, hace del Tribunal Constitucional el “supremo intérprete” de la Constitución, pero no el único, ya que la democracia pluralista exige de una comunidad “abierto” de intérpretes de la Carta (Häberle); de suerte que, todos los operadores del derecho están llamados a la interpretación conforme con la Constitución y a conferirle a ésta

<sup>163</sup> Aragón Reyes, Manuel: El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en recopilación “Estudios de Derecho Constitucional” Edit. CEPC, Madrid, 1998, pag 163-190. También la impresionante lección doctoral en la Universidad de Oviedo de Eduardo García de Enterría: “La Democracia y el lugar de la Ley” Revista Española de Derecho Administrativo, Nº92, Madrid, 1996, pag. 609-622. Además es útil la lectura de Marina Gascón Abellán: “La Justicia Constitucional: entre Legislación y Jurisdicción” Revista Española de derecho Constitucional Nº 41, 1994, pag. 63-87.

todas sus potencialidades normativas (García de Enterría) compatibles con la estructura de las normas iusfundamentales y a buen recaudo de la "tiranía de los valores" que pretenden los intérpretes, en especial togados, a partir de posiciones "principialistas" o neoiusnaturalistas.

En cuanto a la legislación, el monopolio del control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, en términos prospectivos debe favorecer la consolidación de una "política de constitucionalidad" en que la constitucionalidad de leyes, como nos dice Jiménez Campo "no es algo que se argumente y valore sólo en vía jurisdiccional, sino referencia de continuo los debates partidarios, en la acción legislativa y en la discusión política sobre la procedencia de acudir o no al cauce jurisdiccional, o de mantenerse en él, para dirimir controversias sobre la validez de una disposición legal".<sup>164</sup> La "política de la constitucionalidad" nos demuestra como fenómeno que la conformidad de las leyes a la Constitución es una "responsabilidad de todos" y en particular de los órganos legislativos (Congreso Nacional- Gobierno), lo que replantea la necesidad de aplicar cánones o reglas (reglas de adecuación, coherencia, proporcionalidad, claridad y determinación) a la producción de normas compatibles con la racionalidad legislativa liberal burguesa y social. Al mismo tiempo se replantea la necesidad de adecuar la legislación de desarrollo de derechos fundamentales (civiles) a la matriz o concepto de ley material.

En consecuencia, la sentencia del Tribunal Constitucional de "inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad" no sólo debe deferencia razonada al legislador (Congreso Nacional y Gobierno); sino que además debe fundar la declaración de inconstitucionalidad anclada en vicios de forma, de materia y de competencia, que de modo directo, relevante y patente conlleven la inconstitucionalidad, del enunciado legal para la gestión o la invalidez-anulabilidad de la ley. Sólo de esta manera la democracia constitucional concilia su forma jurídico-política de Estado de Derecho y su forma política de República democrática en la que el Tribunal Constitucional es defensor de la supremacía e integridad de la Constitución y por ende, de la producción válida de derecho y consecuentemente del imperio de los derechos fundamentales, admitiendo que la ley como fuente directa, ordinaria y principal del derecho posee la aptitud o idoneidad para darle desarrollo a estos derechos.

<sup>164</sup> Jiménez Campo, Javier: "Política de la Constitucionalidad" (Una reflexión ante los nuevos modos de impugnar la ley)" Revista Española de Derecho Constitucional Nº 59, 2000, págs 11- 27, en especial pag. 13. También un libro de cita obligada, acerca del valor normativo de la Constitución y de la interpretación conforme, de Eduardo García de Enterría: "La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional" Edit. Civitas, 3ª edic. Madrid 1985, en especial págs. 63-94 y 95-103. Además, acerca de las posibilidades de la interpretación en las democracias pluralistas, la recopilación de artículos de Peter Häberle. "Retos Actuales del Estado Constitucional" (trad. X. Arzo, IVAR, Oñate, 1996).

Luego, admitiendo la polivalencia del concepto ley en nuestra Constitución, la exigencia de ley material sólo tiene cabida para la legislación de desarrollo de derechos fundamentales de orden civil, en conexión con las garantías de la propiedad, seguridad jurídica e igualdad constitucional, y esta última no sólo formal, sino también material.

Del modo expuesto se impone el concepto abierto de "forma de ley"; abierto a las racionalidades legislativas del Estado liberal y del Estado social, y a la armonización de esta "forma" en el molde de la "ley parlamentaria". En consecuencia la declaración de inconstitucionalidad de la ley como verdadera "sanción" a la infracción de la Constitución con la aptitud de "legislador negativo" es la última ratio y que como decisión es entregada al Tribunal Constitucional.

Sin embargo, a tener siempre presente, aún a riesgo de ser tildado de jacobinismo, debe considerarse que la teoría y praxis de la democracia constitucional no puede sustituir la soberanía popular por la vieja construcción ideológica del liberalismo doctrinario: la soberanía de la Constitución, por lo que el Tribunal Constitucional posee una legitimidad que es sólo instrumental a su función y por ende descansa en la fuerza persuasiva de los argumentos de sus decisiones; y de su inserción compleja en el edificio estatal para salvar el viejo principio-dogma de la separación de poderes. La Jurisdicción Constitucionalidad debe estar sometida a una dialéctica "corrosiva y constructora, crítica y salvadora" para cumplir su misión de guarda de la supremacía e integridad de la Constitución, y con ello de los valores socialmente dominantes, no los valores profesados por la "aristocracia togada"; sino por los valores que cristalizan en normas o leyes en una democracia constitucional.<sup>165</sup>

<sup>165</sup> Vega García, Pedro de: "Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución", en recopilación "Estudios Político Constitucionales", Edit. UMAM, México D.F., 1987, pág. 308.

## PORTADA

Palacio Ariztia,  
construido en 1917 según los  
planos del arquitecto  
Alberto Cruz Montt.

Encargado por el entonces  
senador Francisco Ariztia, fue  
su residencia particular hasta  
1924. Pasó al Fisco de Chile  
y estuvo destinado a diversas  
instituciones estatales.

Desde 1990, es sede de la  
Cámara de Diputados en  
Santiago. En diciembre  
de 2006, el Palacio será  
ocupado por el  
Tribunal Constitucional.