

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DE **CHILE**
Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DE **ESPAÑA**

2019



EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DE **CHILE**
Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DE **ESPAÑA**
2019



ÍNDICE

PALABRAS DEL EDITOR	6
TRANSCRIPCIÓN DEL REGISTRO EN EL LIBRO DE VISITAS ILUSTRES	10
DISCURSO DE BIENVENIDA	
EL DERECHO, ENTRE LA EMOCIÓN Y LA RAZÓN. <i>Iván Aróstica Maldonado</i>	14
JORNADAS INTERNAS	
LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS. <i>Domingo Hernández Emparanza</i>	22
SEMINARIO ACADÉMICO: “FORTALECIMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL”	
PRIMER PANEL. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO INSTANCIA DE CONTROL DEL LEGISLADOR	34
1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA COMO INSTANCIA DE CONTROL DEL LEGISLADOR. <i>Juan José González Rivas</i>	36
2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO ÓRGANO DE CONTROL DEL LEGISLATIVO. <i>Dr. Andreas Paulus</i>	43
3. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE AL LEGISLADOR. <i>Gonzalo García Pino</i>	48
4. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO INSTANCIA DE CONTROL DEL LEGISLADOR. <i>Marisol Peña Torres</i>	58
5. LAS RELACIONES ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL LEGISLADOR DEMOCRÁTICO EN LOS TIEMPOS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO. <i>Patricio Zapata Larraín</i>	65
SEGUNDO PANEL. RELACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON LOS TRIBUNALES SUPREMOS	82
1. RELACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON LOS TRIBUNALES SUPREMOS. <i>Juan José González Rivas</i>	84

2.	LA RELACIÓN ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA. <i>José Ignacio Vásquez Márquez</i>	92
3.	“GUERRA DE CORTES” O “ESTADO DE TENSIÓN”. <i>Francisco Zúñiga Urbina</i>	102
4.	RELACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON LOS TRIBUNALES SUPREMOS. <i>Ana María García Barzelatto</i>	118
	TERCER PANEL. ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL	128
1.	SENTIDO Y VIRTUALIDAD DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA. <i>Antonio Narváez Rodríguez</i>	130
2.	ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. <i>Cristián Letelier Aguilar</i>	138
3.	DEL ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DEL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD. <i>Raúl Tavorari Oliveros</i>	148
4.	EL ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: NOTAS SOBRE LEGITIMACIÓN Y ADMISIBILIDAD ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. <i>Rodrigo Pica Flores</i>	167
	CUARTO PANEL. EXPERIENCIAS CON EL AMPARO CONSTITUCIONAL: VENTAJAS Y DESVENTAJAS	180
1.	LUCES Y SOMBRAS DEL RECURSO DE AMPARO EN ESPAÑA. <i>Andrés Javier Gutiérrez Gil</i>	182
2.	ALCANCES DEL AMPARO CONSTITUCIONAL Y DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD EN CHILE. <i>María Pía Silva Gallinato</i>	189
3.	EL AMPARO CONSTITUCIONAL: UNA MIRADA EMPÍRICA DESDE EL DERECHO COMPARADO Y EL RECURSO DE PROTECCIÓN EN CHILE. <i>Rodrigo Delaveau Swett</i>	200
4.	EXPERIENCIAS CON EL AMPARO CONSTITUCIONAL: VENTAJAS Y DESVENTAJAS. <i>José Manuel Díaz de Valdés Juliá</i>	214
	ANEXO	222



PALABRAS DEL EDITOR

La democracia moderna –como forma de gobierno– tiene su origen coetáneamente con el constitucionalismo. Es, precisamente, la justicia constitucional, la que cierra el círculo democrático que, comienza con el voto del ciudadano, y termina en una sentencia del órgano jurisdiccional llamado a ser el último y máximo interprete de la Constitución. Así, en la actualidad, no hay democracia sin constitución y, en consecuencia, tampoco la hay sin control de constitucionalidad.

El fenómeno de los tribunales constitucionales –como respuesta a asegurar las libertades y derechos fundamentales, pero sobre todo, para hacer cumplir los límites fijados a los poderes del Estado en las Cartas Fundamentales frente a sus gobernados– hoy es un fenómeno mundial, donde prácticamente el 90% de las Constituciones del mundo contiene algún mecanismo de control de constitucionalidad mediante un órgano jurisdiccional, y donde la gran mayoría –un 60%– ha optado por el modelo de control mediante un órgano especializado, esto es, un Tribunal Constitucional.

En este contexto, la visita del Tribunal Constitucional de España entre el 29 de julio y el 2 de agosto de 2019, constituyó sin duda uno de los hitos más relevantes de la historia constitucional de Chile, siendo precedida por la visita del Tribunal Federal Alemán el año 2018.

La trazabilidad en las raíces de la tradición constitucional de España es digna de mención. En efecto, fue en 1873 cuando se discutió un proyecto de Constitución federal que preveía por primera vez un control de constitucionalidad de las leyes –de forma previa– por el Senado, y luego de forma sucesiva, por el Tribunal Supremo, pero que no llegó a ver la luz, como tampoco lo haría un anteproyecto de 1929, donde se intentó recoger un “recurso de inconstitucionalidad de las leyes” atribuido al Consejo del Reino que tampoco llegó a aprobarse. Luego, en 1931 se presentaría un anteproyecto de Constitución en el que se incluía un control concentrado de las leyes atribuido a un «Tribunal de Justicia Constitucional», tanto a instancia de los órganos judiciales (control concreto), bien mediante la impugnación directa por los sujetos habilitados (control abstracto).

Fue finalmente el Título IX de la Constitución española de 1978 el que creó el Tribunal Constitucional cuya puesta en funcionamiento se hizo por la Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre de ese año y que funciona “*como el garante último tanto de los derechos fundamentales y libertades públicas, como de la supremacía de la Constitución*”.



Andrés Gutiérrez, Secretario General del Tribunal Constitucional de España;
Juan José González, Presidente del Tribunal Constitucional de España; Iván
Aróstica, Presidente del Tribunal Constitucional de Chile; Antonio Narvárez,
Magistrado del Tribunal Constitucional de España.

Así, la influencia del control de constitucionalidad español no solo arriba a Chile directamente desde el texto mismo de la Carta Fundamental hispánica, sino que también por la jurisprudencia emanada de dicho Tribunal, como a través de la doctrina nacida a la luz de sus sentencias, todo lo cual ha sido referente permanente de la justicia constitucional chilena.

En las páginas siguientes, hemos querido recoger lo más relevante del intercambio jurídico entre ambos Tribunales, a la par de incluir los notables aportes, discusiones, y reflexiones de académicos, juristas y jueces que contribuyeron al éxito de la jornada.

Difícil e injusto sería terminar esta breve edición sin reconocer el silencioso pero incombustible trabajo de todos aquellos miembros y funcionarios del Tribunal Constitucional que participaron en la organización, programación y materialización de tan memorable encuentro. Los recuerdos, los lazos construidos, las confianzas depositadas quizás quedaran ausentes de la presente obra académica, pero –no obstante– esperamos que esta recopilación pueda contribuir no solo a la riqueza constitucional de ambas naciones, sino también al crecimiento y reconocimiento del rol insustituible y esencial de dichos Tribunales en sus respectivas democracias constitucionales.

RODRIGO DELAVEAU SWETT
Editor



**TRANSCRIPCIÓN DEL REGISTRO
EN EL LIBRO DE VISITAS ILUSTRES**



“En nombre del Tribunal Constitucional de España quiero expresar mi sincero reconocimiento y afecto al Tribunal Constitucional de Chile, con ocasión del Seminario que vamos a celebrar los días 29 a 31 de julio de 2019 en la sede de este Tribunal y en ejecución del Acuerdo suscrito entre ambos Tribunales en el año 2015.

Con la mayor cordialidad”.

Juan José González Rivas
Presidente del Tribunal Constitucional de España



Juan José González, Presidente del Tribunal Constitucional de España e Iván Aróstica, Presidente del Tribunal Constitucional de Chile.



De izquierda a derecha: Rodrigo Delaveau (Chile), José Ignacio Vásquez (Chile), Miguel Ángel Fernández (Chile), Juan José Romero (Chile), María Luisa Brahm (Chile), Domingo Hernández (Chile), Andreas Paulus (Alemania), Iván Aróstica (Chile), Juan José González (España), Antonio Narváez (España), Gonzalo García (Chile), Nelson Pozo (Chile), Andrés Gutiérrez (España), María Pía Silva (Chile) y Armando Jaramillo (Chile).



DISCURSO DE BIENVENIDA

EL DERECHO, ENTRE LA EMOCIÓN Y LA RAZÓN

Iván Aróstica Maldonado

Me siento muy honrado presidiendo y dando inicio a este encuentro, en el que me acompaña el Excmo. Sr. Don Juan José González Rivas, presidente del Tribunal Constitucional de España. Tenemos ya una robusta relación entre ambas Magistraturas y estamos ciertos de que esta visita contribuirá mucho a fortalecerla.

En reconocimiento y aprecio a nuestros ilustres invitados, quiero compartir con ustedes algunas reflexiones sobre los desafíos que enfrenta por estos días, no solo la justicia constitucional sino –digámoslo francamente– la administración de justicia a secas.

¿Son nuevos estos desafíos? ¿Los generó acaso la tecnología, la globalización, el siglo XXI?

Tendríamos –creo– que ser honestos y decir que no. Los viejos desafíos de la administración de justicia siguen siendo los mismos. Me refiero a esos desafíos que conectan la justicia con la independencia de los jueces, con la autonomía de los tribunales, con el deber de imparcialidad que la judicatura impone, con la buena fe para interpretar la ley suprema, con la lealtad a las lógicas de la razón que hemos de observar los magistrados para fallar y resolver los asuntos sometidos a nuestro conocimiento.

Nada de esto es especialmente nuevo. Lo que es nuevo son las crecientes interferencias que el mundo de la justicia enfrenta a raíz de las transformaciones sociales del último medio siglo y de los cambios culturales asociados al desarrollo de las nuevas tecnologías. Esas interferencias se expresan de muy distintas maneras. Por de pronto, es obvio que la administración de justicia constitucional se vuelve más delicada en el contexto de sociedades sometidas a cambios muy acelerados.

También la función jurisdiccional se torna más crítica en contextos políticamente polarizados. Este es un fenómeno relativamente nuevo y no deja de ser contraintuitivo, en la medida en que se ha presentado en distintas sociedades de Occidente varios años después del término de la llamada Guerra Fría. Ya sabemos que el final de la Guerra Fría no supuso el final de la historia. Lo que no sabíamos era que iba a dar inicio a otras guerras, muchas, a veces muy fugaces, a veces muy prolongadas, a menudo dictadas por el resentimiento y descalificación. Lo concreto es que estamos viendo en distintos países altos grados de polarización, que todavía no sabemos mucho cómo manejar con sensatez y con arreglo a consensos que parecieran ser cada vez más difíciles de lograr.

La polarización política en sí no es un problema de la justicia, pero una sociedad polarizada plantea desde luego a la judicatura constitucional presiones de instrumentalización y captura, ante

las cuales sería muy miope de nuestra parte esconder la cabeza o cerrar los ojos. Esas presiones existen; puede que incluso sean atendibles y bienintencionadas en algunos casos, y lo importante es tener el coraje de enfrentarlas, porque obviamente la Justicia –la justicia común y la justicia constitucional– no puede dejarse arrastrar por estas dinámicas de conflicto. Es más, la justicia, el Estado de derecho –y el tinglado de normas e instituciones que lo constituyen, lo proyectan y le dan expresión concreta– debieran ser un dique de contención contra la radicalización de las posiciones.

Otra fuente de interferencia sobre el mundo de la justicia se relaciona con las redes sociales. El escrutinio público sobre las decisiones de los jueces no solo es atendible sino también muy necesario. Repito: muy necesario; fundamental. La discusión siempre será valiosa a nivel de los expertos, de los académicos, de la gente ilustrada y a nivel asimismo básico, al que accede la ciudadanía toda. Bienvenidos sean el pensamiento crítico y el libre debate público. Es más, probablemente a los tribunales de justicia y a los magistrados nos falta todavía mucho para adaptarnos a los crecientes estándares de discusión y transparencia que exige el cuerpo social. Ya no solamente se nos está pidiendo saber con claridad qué decisiones tomamos y qué resolvemos en nuestras sentencias, sino también la ciudadanía espera de nosotros completa información acerca de cómo llegamos a esas conclusiones y qué elementos de juicio tuvimos en cuenta para decidir como decidimos.

La transparencia, sin embargo, no tiene nada que ver con el tipo de descalificaciones que a veces se toma las redes sociales y algunos medios de comunicación para condenar, a menudo desde el prejuicio, en ocasiones desde una vehemencia feroz y patibularia, no pocas veces desde la ignorancia y con frecuencia desde el oportunismo político, el trabajo de los tribunales. Este fenómeno ya está instalado y será parte del paisaje en el cual habremos de desenvolvernos. El problema es que nosotros solo debemos aplicar la Constitución, así sea que esto se traduzca en protestas o rechazos por parte de organizaciones o grupos de interés. Los jueces somos los custodios de las normas generales y objetivas de la ley suprema y nuestra responsabilidad es interpretarlas rectamente. En esta función, como lo sabe la cátedra, como lo prescriben las mentes más preclaras de la filosofía jurídica y política, los magistrados incluso hemos de autorestringirnos. No estamos en nuestros cargos ni fuimos designados en función de nuestras personales adhesiones partidistas, morales o religiosas. Lo que nos hizo entrar al mundo de la justicia fue la lealtad al derecho, nuestro respeto profesional e incluso científico por las normas, nuestra experiencia docente al estudiar y al aplicar la ley como abogados. La verdadera independencia de la judicatura comporta por definición tener muchas veces que posponer o renunciar a sesgos, adhesiones y preferencias personales en tributo a la racionalidad estricta de la ley. Nuestra función no es negociar o equilibrar creencias. Nuestro trabajo consiste en aplicar la Carta Fundamental, sin más. Por lo mismo, soy de los que piensa que nunca serán del todo suficientes los esfuerzos que podamos realizar, para explicar a la opinión pública el ámbito –preciso y estricto, reglado y acotado– en el que desarrollamos nuestro trabajo. Es una tarea que, al margen de toda pretensión corporativa o gremial, no debiéramos descuidar.

Ahora bien, todo esto se inscribe en un todo mayor, en un debate más amplio. Porque la verdad es que vivimos tiempos altamente emocionales, por decir lo menos. Permítanme citar al académico español Jesús G. Maestro, en su trabajo *Crítica de la razón literaria*, de 2017:

“En nuestro tiempo –dice él–, los mitos, los irracionalismos y las creencias han cobrado nueva fuerza. No solo dominan la cultura contemporánea, sino también la política, la moral e incluso los límites de la ciencia. Desde la política se pide respeto hacia creencias irracionales, y desde la moral se exige el desarrollo de consignas científicamente inaceptables. El silencio del racionalismo, sea en nombre del falso respeto, de la tolerancia irresponsable, o de la mítica isovalencia de las culturas, no es nunca un silencio inofensivo. La razón es el más importante protector de la vida y de los derechos humanos. Y lo es por encima de todo tipo de creencias y credos, que solo podrán ser respetables en la medida en que sean respetuosos con el ser humano. Cuando se apagan las luces de la razón, las fuerzas del irracionalismo no conocen límites, y siempre dan lugar a los capítulos más amargos de la historia de la humanidad. Y no será el diálogo entre culturas lo que por sí solo pueda contrarrestar la sinrazón. Entre otras cosas, porque no se puede dialogar con quien no sabe razonar. Lástima –dice él refiriéndose al distinguido filósofo alemán– que Habermas, al situar la razón en el diálogo, no se haya dado cuenta de esta minúscula y esencial evidencia”.

La prevención del académico no es retórica ni muchos menos anecdótica. Y no lo es porque, empujada por los vientos de la emoción, y en contextos culturales de mucha crispación, no pocas veces en la historia de aquí han salido discursos maniqueos que son los que finalmente abonan leyes liberticidas.

Son muchos los que consideran que estas son las tardías facturas del Romanticismo que la Modernidad continúa pagando. Hace más de medio siglo, cuando empezó a confrontar sus lecturas de Diderot, Helvetius y Voltaire con la filosofía alemana de pensadores románticos como Schelling, Herder y Fichte, esa mente poderosa y esclarecida que fue Isaiah Berlin, figura señera del pensamiento liberal del siglo XX, llegó a afirmar que “la importancia del romanticismo se debe a que constituye el mayor movimiento reciente destinado a transformar la vida y el pensamiento del mundo occidental. Lo considero el cambio puntual de más envergadura ocurrido en la conciencia de Occidente en el curso de los siglos XIX y XX, y pienso que todos los otros que tuvieron lugar durante ese periodo parecen, en comparación, menos importantes y están de todas maneras, profundamente influenciados por éste”.

Con el Romanticismo volcado al campo político y cultural, debutan en la conciencia europea el rechazo a la concepción de que hay un orden natural de las cosas, con su noción de estructura estable; aventando –en cambio– la materialización de un ideal y el poder remodelar el mundo a voluntad, la sacralización de las minorías y de los marginales, la fuerza y la vitalidad del espíritu, el afán por elevarse por encima de la naturaleza a objeto de poder moldearla libérrimamente; hasta llegar a alentar el poder para crear valores e incluso un hombre nuevo, al libre discurrir de la imaginación.

“Esas son –concluye Berlin– las bases fundamentales del romanticismo: la voluntad, el hecho de que no hay una estructura de las cosas, de que podemos darle forma a las cosas según nuestra voluntad –es decir, que solamente comienzan a existir a partir de nuestra actividad creadora– y finalmente, la oposición a toda concepción que intente representar la realidad con alguna forma susceptible de ser analizada, registrada, comprendida, comunicada a otros, y tratada, en algún otro respecto, científicamente”.

Se entiende, entonces, por qué actualmente desde la esfera política sea mucho más importante conmover que persuadir, apelando a las emociones en lugar de las reflexiones, amén de apuntar no a las mentes, sino que a los corazones. La falacia *ad hominem* y el argumento *ad misericordiam* han venido a reemplazar la racionalidad con que antaño se justificaba la majestad de la ley. Secuela de lo cual es que no pocas veces la propia ley está contaminada de los idearios más irracionales, de aquellos instintos ideológicos menos procesados y de las percepciones personales más distanciadas del sentido común.

La pregunta pertinente por supuesto es si tiene o no esto algo que ver con la constitucionalidad de la ley.

Recordemos que para Aristóteles la ley era precisamente lo opuesto a eso. Aristóteles, que es el padre fundador por decirlo así del pensamiento analítico y realista en Occidente, define la ley como la razón sin apetito. Reflexiona también él sobre la conveniencia de que los legisladores sean gente sabia, gobernantes competentes y no corruptos, para que podamos fiarnos de ellos. Pero sabiendo que incluso los mejores hombres, en cuanto hombres y no dioses, no están a salvo de pasiones y a la propensión de caer en abusos o discriminaciones, recomienda en todo caso que las leyes sean objetivas y que queden fijas y escritas para mayor seguridad.

Hay todavía otra dimensión relevante en la noción de la ley, como expresión de la “razón”. Puesto que la ley en sus orígenes estuvo llamada a gobernar a hombres libres, es decir, a hombres sin dueño, como sí los tenían en ese momento los esclavos, la ley –y así lo entendió el pensamiento clásico– no podía disponer “arbitrariamente” de los ciudadanos. Los tenía que gobernar, sí, pero sin someterlos, sin anularlos, menos todavía degradándolos.

Rastrear la conexión existente entre la ley y la razón a lo largo de la historia es una de las experiencias intelectuales más importantes para el hombre de derecho, porque en definitiva esa conexión es la que lleva a configurar y jerarquizar al derecho como ciencia. Como ciencia autónoma y en principio universal, que responde a principios, a lógicas, a valores, a fines y a medios que se proyectan mucho más allá de una legislación o un país determinado.

Antiguos textos castellanos medievales se refieren a la ley como un ordenamiento de la razón, y la caracterizan así en el contexto de un orden trascendente, que en definitiva remite al Logos griego y a la razón eterna de Dios.

Es cierto que Andrés Bello, al definir la ley en nuestro Código Civil como manifestación de la voluntad soberana de la nación que manda, prohíbe o permite, se saltó esta dimensión racionalista.



Lo que prima en su definición es el factor volitivo, el motor de la voluntad, recogiendo, según algunos autores, enfoques de la escuela española de derecho natural del siglo XVI y de autores racionalistas del siglo XVIII.

Como quiera que sea, y teniendo en cuenta que según lo aseguran muchos estudiosos que Bello en realidad nunca quiso incorporar una definición de la ley en el Código, acaso refleje mejor el pensamiento de gran jurista lo que señala en los *Principios de Derecho Internacional*, cuando escribe que “Toda ley supone una autoridad de que emana. Como las naciones no dependen unas de otras, las leyes o reglas a que debe sujetarse su conducta recíproca sólo pueden serles dictadas por la razón que, a la luz de la experiencia, y consultando el bien común, las deduce del encadenamiento de causas y efectos que percibimos en el universo. El Ser Supremo –agrega él, con la belleza de esa prosa que lo distinguía–, que ha establecido estas causas y efectos, que ha dado al hombre un irresistible conato al bien o a la felicidad, y no nos permite sacrificar la ajena a la nuestra, es, por consiguiente, el verdadero autor de estas leyes, y la razón –concluye Bello– no hace más que interpretarlas”.

Es esta dimensión trascendente en la que Andrés Bello sitúa su reflexión, lo que hace subsistente sus palabras, de profundo compromiso entre el derecho y el mundo de la razón, que es en definitiva el que nos permite entender, explicar e iluminar la realidad por la vía de la observación, la duda, el conocimiento, la crítica y la experimentación.

Habida cuenta de la conexión existente entre justicia y ley, entre ley y razón y entre derecho y razón, quiero creer que tanto el legislador como los tribunales debieran ser los actores más interesados en preservarla y resguardarla. En esa conexión radica la mejor garantía de la justicia y equidad del sistema político. Ahí también habita la serenidad para entender las emociones colectivas, pero sin dejarse aplastar por ellas, y la empatía necesaria para comprender la furia y el resentimiento de sectores o grupos que se sientan o se hayan sentido injustamente postergados o heridos. La sociedad sin duda que tiene el deber de contener esos sentimientos y de curar esas heridas. Sin duda que la receptividad y la compasión tienen que tener un espacio en el mundo de la justicia. Pero nada de esto puede significar darle la espalda a la razón o abdicar al cumplimiento de la ley suprema.

En períodos en que la politización del espacio público y de las instituciones mueve a muchos grupos a entender el derecho como otro medio más para la captura del poder, es verdad que las constituciones quedan expuestas muchas veces a las maniobras instrumentales del mundo político. Eso es un hecho, lo hemos visto recurrentemente a lo largo de la historia. Podemos lamentarla, pero es una realidad que está ahí. Más que llamar a escándalo, lo importante es insistir en que el Estado de derecho entrega los medios idóneos para neutralizar esas maniobras y corregir las distorsiones que pudieran generarse. Y esta, entre otras, es la gran responsabilidad que les asiste a las cortes constitucionales.

El compromiso que tenemos las cortes constitucionales es tanto con el Estado democrático como con el Estado de derecho, y es sano plantearlo en estos términos desde que la Modernidad ha visto crecer una brecha creciente entre ambos conceptos. Hubo una época en que Estado democrático y

Estado derecho eran prácticamente sinónimos. Hoy por desgracia ya no es así, ya que la imaginación totalitaria ha discurrido tramposos y torcidos esquemas, para revestir lo que son asaltos o atentados al Estado de derecho bajo el ropaje de las formalidades democráticas. Por lo mismo, numerosos juristas están planteando prevenciones muy serias a este respecto. El distinguido filósofo español Gustavo Bueno señala que “el concepto de Estado democrático no implica necesariamente, por sí mismo, la condición de un Estado de Derecho. El consenso democrático puede estar restringido a determinadas regiones de la vida política, e incluso el consenso democrático capitativo puede plebiscitariamente, o por otros procedimientos, votar un dictador facultado con poderes de actuación al margen de las normas jurídicas preestablecidas”.

No basta entonces con constatar que el procedimiento democrático haya sido respetado para dar por aprobada la ley. Tan importante como la observancia de las formas del sistema democrático es la observancia o la lealtad a los principios y valores de fondo de la Carta Fundamental. Y a este respecto no caben las medias tintas. Creemos o no creemos en los derechos individuales. Creemos o no creemos que la democracia es el gobierno de las mayorías con debido respeto a las minorías. Creemos o no creemos que los derechos de las personas son anteriores al Estado. Creemos o no creemos en el derecho de propiedad y en las libertades públicas. Creemos o no creemos en la autonomía de los cuerpos intermedios de la sociedad. Son valores insolubles, irreductibles e inderogables. No pueden relajarse. No pueden parcializarse. No pueden condicionarse. No pueden estar confiados a las emociones o a las conveniencias del momento.

Quiero concluir estas reflexiones con un voto de confianza en la razón, en la ley y en la majestad del derecho como ciencia. Quiero señalar que el Estado de derecho es una trama que, desde la buena fe, prescribe en primer lugar los límites del poder del Estado frente a los individuos y los límites de cada autoridad, de cada institución, de cada magistratura tanto en su relación con los ciudadanos como con el resto de las reparticiones del aparato público. Es una tarea densa, compleja y delicada, que los jueces estamos llamados a cuidar quizás antes que nadie. Es fácil, por la vía de las buenas intenciones, de la responsabilidad social, de la sintonía con los climas anímicos de la opinión pública, construir interpretaciones laxas allí donde el constituyente las quiso más sobrias o acotadas. Es fácil apelar a principios generales para dar alcances imprevistos a recursos e instituciones que tienen naturaleza extraordinaria o especial. Pero, con estas lógicas, así es como va cediendo el rigor del Estado de derecho; con efectos que finalmente se traducen en incertidumbres y daños sobre la totalidad del cuerpo social.

El resguardo del Estado de derecho, desde luego, no es únicamente responsabilidad de todos los jueces del país ni tampoco es exclusiva del Tribunal Constitucional. El Estado de derecho es una construcción que convoca a todos los poderes públicos por igual y que, por lo mismo, requiere de un amplio respaldo de la comunidad, particularmente de quienes sean capaces de unir, al liderazgo que ejercen, la mirada de largo plazo, el deseo de servir a la patria y una buena dosis de coraje.



JORNADAS INTERNAS

LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS

Domingo Hernández Emparanza¹

La motivación de las sentencias en general

Parece axiomático que las decisiones emanadas de los órganos jurisdiccionales en general y de aquéllas emanadas de Tribunales o Cortes con competencia de control de constitucionalidad, en especial, deben ser adecuadamente fundadas. Imposible concebir, en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, que una determinación llamada a producir efectos en la esfera de los derechos de las personas pudiera configurar un simple *ucase*, sin explicación ni desarrollo argumental.

La prohibición de motivar las decisiones judiciales, impuesta por Inocencio III en la decretal “*Sicut Nobis*” e incluso recogida en la Novísima Recopilación (1805), que marcó un hito en Europa, contrasta con la recepción, en numerosas Constituciones de nuestro tiempo, de este deber de motivación que, junto con la sujeción del juez a la ley, configuran dos rasgos esenciales de los ordenamientos jurídicos modernos. Entre las Cartas Fundamentales que así lo disponen explícitamente, destacan la española de 1978 (art. 120.3); la italiana de 1947 (art. 11) y, en nuestro entorno latinoamericano, la peruana de 1993; la mexicana de 1917 y la costarricense de 1949, por citar solo algunas.

Si bien nuestra Carta no lo consigna explícitamente –como lo hacía la de 1822, en su artículo 219– la regla se puede inferir a partir de los artículos 19.3°.6° y 76 de su texto.

¿Motivación suficiente o completa?

Para algunos autores –como COLOMER²– la motivación de las sentencias debe ser **completa**, en el sentido de hacerse cargo de todos los fundamentos hechos valer por la requirente. El nivel intermedio entre la motivación suficiente y la inexistente, está representado en la motivación **suficiente**, apreciable, en el caso de las sentencias constitucionales, desde el doble punto de vista de

¹ Ministro del Tribunal Constitucional de Chile.

² COLOMER HERNÁNDEZ, IGNACIO: “*La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 88 y ss.

una posible violación a un derecho fundamental a obtener una sentencia jurídicamente fundada, y, además, desde los posibles vicos o defectos corregibles en vía de recursos, por ser meros defectos de legalidad ordinaria. Este segundo examen es propio de los ordenamientos que consagran la acción de amparo de derechos fundamentales, que no es el caso de Chile.

Lo que es indudable es que **“no existe un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación judicial”**, como lo ha señalado el propio TC español³.

El tema de la amplitud de los fallos en sede constitucional ha ido cobrando relevancia con motivo de la proliferación de algunos excesivamente largos o con incontables disidencias, que dificultan su lectura, amén de otras externalidades negativas. Por supuesto que el lenguaje de las ciencias sociales presenta una falencia en tal sentido, si se lo compara con la abstracción matemática. En tanto la “Teoría General de la Relatividad” de Einstein, publicada en 1915, consta de apenas 46 páginas, “El Quijote” se estira a las 1240 carillas. ¿Podría reducirse esta última obra maestra, sin comprometer su excelencia? ¿Podrá hacerse otro tanto con las decisiones de los Tribunales Constitucionales, sin perjudicar la completitud o excelencia de su motivación?

Búsqueda de una menor extensión de los fallos: Manuales de Estilo

El TC chileno ha emitido sentencias muy largas en reiterados casos. En el derecho comparado, como por ejemplo en España, destaca la reciente STCE 23/2019 (Comité de Apoyo al Tibet y otros), tiene 12.808 palabras⁴.

El tema preocupa no solo a los jueces constitucionales. A lo largo de 18 encuentros multilaterales, con participación de representantes de las Cortes Supremas y Consejos de la Magistratura de 23 países de nuestro entorno, reunidos en sucesivas Cumbres Judiciales de Iberoamérica, se ha instado a la adopción de un lenguaje judicial claro, además de otras recomendaciones, si bien centradas en la redacción de sentencias radicadas en el Poder Judicial. Fruto de estas reuniones internacionales, se han adoptado por países partícipes propuestas de Manuales de Estilo⁵. Entre las conclusiones, del todo extensibles al ámbito de la justicia constitucional, cabe mencionar las sugerencias siguientes:

- “[E]liminar el uso del latín, así como los extranjerismos innecesarios”;
- “[B]uscar un equilibrio entre el rigor técnico necesario de las expresiones y su comprensión por parte de la ciudadanía”;

³ 21/2000 (31 de enero de 2000) ECLI:ES:TC 2000:21.

⁴ Muchas menos, en todo caso, que las nacionales referidas en la nota anterior.

⁵ En Chile, la Comisión de Lenguaje Claro del Poder Judicial ha elaborado un Manual de Estilo para Redacción de Sentencias (2019), junto con difundir las “Recomendaciones de (la) XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana. Otro tanto ha hecho la Suprema Corte de Justicia argentina en su Manual de Estilo” (2017).



- “[E]liminar los arcaísmos, las frases rituales y desprovistas de verdadero contenido, los excesos de la retórica formal y aspectos tradicionales que no sintonizan con los tiempos actuales”.

Por su parte, la Suprema Corte argentina propone, en su Manual de Estilo, eliminar el pronombre “Que” al comienzo de los considerandos de las sentencias, arcaísmo ya excluido de los fallos de la Corte IDH y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el ámbito transnacional.

Propensión a la disidencia en sentencias de TC

¿Son saludables las disidencias en las sentencias de los TC? En la mayoría de los países de Europa continental, las opiniones minoritarias no se publican. Es el caso de Francia, Italia, Grecia, Dinamarca, Rusia, Bélgica, Luxemburgo y Holanda. En Austria y Portugal se permite la publicación de las disidencias.

¿Es mejor que los jueces hablen con una sola voz, para la entrega de una única y mejor “respuesta correcta”, como lo postula Dworkin?⁶ ¿Es que las opiniones disidentes “tienden a romper la apreciada ilusión de certeza en el derecho y de la infalibilidad de los jueces”?

Por cierto, los países latinoamericanos permiten la publicidad de las disidencias, al igual que en el medio anglosajón. Así sucede en México, Colombia, Perú, Uruguay, Argentina, Brasil y también en Chile.

Puede ser ilustrativo constatar que, antes de la reforma constitucional de 2.005, que modificó la composición del TC., las sentencias se dictaban por unanimidad, lo que podría tal vez explicarse porque la mayoría de sus miembros eran cercanos al mundo judicial. La reforma redujo la influencia directa de la Corte Suprema e incrementó el origen político de los nombramientos. Desde entonces, las votaciones suelen ser muy divididas, no siendo infrecuentes los empates, que repercuten en el rechazo de muchos requerimientos, debido al número par de sus actuales componentes y la improcedencia del voto de calidad del Presidente, salvo en controles preventivos de constitucionalidad de preceptos legales, que son muy escasos en relación con los requerimientos de inaplicabilidad.

Esta división de opiniones, así como la dinámica de las votaciones – en que los Ministros expresan su parecer en una ronda de intervenciones, sin que se produzca ni se intente una aproximación para buscar un criterio de unanimidad o mayorías consistentes – potencia el disenso, salvo en casos rutinarios o escasamente controvertidos.

⁶ DWORKIN, RONALD: “A Matter of Principle”, 1a. ed., NY., Oxford University Press, cit. por VERDUGO R., SERGIO: “Aportes del Modelo de Disidencias Judiciales al Sistema Político: Pluralismo Judicial y debate democrático”, en: Revista de Derecho. Coquimbo, vol. 18, N° 2, 2.011, p. 217.

Es una asignatura pendiente para nuestra magistratura constitucional, que contrasta con las numerosas votaciones uniformes o sólidas mayorías que se producen en otros entornos, particularmente en la producción jurisprudencial que se registra en los países a que pertenecen nuestras ilustres visitas.

La “interpretación conforme”

“Una ley no debe ser declarada nula si fuera posible interpretarla de forma compatible con la Constitución, pues se debe presuponer no solamente que una ley sea compatible con la Constitución, sino también que esa presunción expresa el principio según el cual, en caso de duda, debe hacerse una interpretación conforme a la Constitución”⁷.

Este TC sostuvo con fuerza, hasta hace algunos años, que le correspondía “buscar al menos alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental y solo en el evento de no ser ello posible... resultará procedente y necesaria la declaración de inconstitucionalidad”⁸. Esta hermenéutica de interpretación conforme a la Constitución determinó una cierta autocontención de este órgano de control durante el lapso transcurrido desde 2006 a 2015, en que se emitieron 167 sentencias estimatorias, con un promedio de 1,5 por mes⁹. Este número se incrementó a 25 en 2016; bajó a 12 en 2017 y aumentó en forma muy significativa en 2018 y, particularmente, en el primer semestre de 2019, en que se registran nada menos que 37 estimatorias, con un promedio de casi 5.3 mensuales¹⁰.

La manera más adecuada de plasmar este respeto a la interpretación conforme se manifiesta en las llamadas **sentencias atípicas** o **manipulativas**, en la doctrina jurisprudencial italiana. Se expresó mediante **prevenciones**, comunes en la jurisprudencia de este TC desde 1985, pero que se difuminan en los últimos años.

Preferir la interpretación conforme a la disconforme es un método, usual en el Derecho Comparado, que confirma el rol del órgano constituyente como supremo intérprete de la Constitución y se concilia de la mejor manera con la deferencia debida al legislador y la presunción de constitucionalidad de la ley. Se materializa en las sentencias denominadas atípicas, cuyas variables más importantes son las **interpretativas** y **exhortativas**. Discurren en general en torno a la idea que la anulación

⁷ STC alemán, de 1953 (BVverfGE 2, 266 (282)).

⁸ Consúltese al efecto Roles 29, 38, 304, 368, 420, 460, 681, 993 y 1584, entre otros.

⁹ Buena parte de éstas versaron sobre el artículo 198 ter de la Ley de ISAPRES, declarado finalmente inconstitucional por STC Rol 1710-10.

¹⁰ No se incluye en esta muestra las decisiones estimatorias recaídas en el artículo 1°, inc. 2° de la Ley N° 18216, sobre penas sustitutivas a las privativas o restrictivas de libertad, que en lo que va corrido de este año superan ya las 300 estimatorias, introduciendo por tanto un factor de desviación estadística.

del precepto legal puede ser más perjudicial que su conservación, no obstante su incompatibilidad con la Constitución.

Ambas categorías de decisiones se insertan en el marco de la “interpretación conforme”, pero usan una metodología de interpretación matizada, dirigida a resguardar más el espíritu de la regla constitucional que la aplicación pura y dura de la inconstitucionalidad, cuando es posible rescatar alguna hermenéutica que permita darle al precepto una interpretación conciliable con la norma fundamental. No ha sido frecuente esta matización en la jurisprudencia de los últimos años, si bien existen algunos fallos que recogen su impronta¹¹.

¿Cabe inferir de lo anterior una tendencia que refleja una menor deferencia al legislador o, por el contrario, un ejercicio más autónomo e independiente de la función de control de preceptos legales, en casos particulares? Es un análisis empírico y valorativo que no se ha ventilado aun con el suficiente rigor por los especialistas.

Test de proporcionalidad como modelo de argumentación

El principio de proporcionalidad, bajo la formulación alemana, se ha venido incorporando con fuerza en nuestra jurisprudencia constitucional, a partir a lo menos de fines de los años 90¹².

Tradicionalmente, son cuatro los requisitos que deben concurrir para entender que la intromisión en un derecho fundamental sea legítima:

- a) debe perseguir un **fin legítimo**;
- b) debe ser adecuada o idónea para la consecución de dicho objetivo legítimo;
- c) debe ser **necesaria** y, entre varias alternativas, debe escogerse la menos invasiva (intervención mínima); y
- d) debe ser **proporcional en sentido estricto** (regla de ponderación) vale decir, la gravedad de la intervención ha de ser congruente con el objetivo de la intervención.

La utilización de este instrumento por esta Magistratura Constitucional, a partir del año 2006, ha sido frecuente y se ha extendido a diversos ámbitos. Con todo, ha venido introduciendo un nuevo elemento de análisis, que va más allá de la ortodoxia de la construcción alexyana, como lo es una suerte de asociación entre el requisito de proporcionalidad en sentido estricto y la garantía

¹¹ Notable es el caso del Rol 558 (17.08.2006), sobre solicitud de desafuero de un parlamentario por delito de acción privada, que se resolvió denegando la solicitud, pero exhortando “a los poderes legislativos sobre la conveniencia de regular adecuada y eficazmente el caso de desafuero parlamentario en delitos de acción privada” (c. 25°). Al igual que en el Rol 1710 (6.08.2010) sobre Isapres, la admonición al legislador para dar “cabal cumplimiento” a lo resuelto en el fallo, no ha tenido efecto alguno.

¹² *Vid. v. gr.* Roles 38, 304, 368, 420, 460, 681, 993 y 1584, entre otros.

constitucional que vela por el contenido esencial de los derechos fundamentales, en el artículo 19.26 de la Carta Fundamental.

En un análisis empírico desarrollado por COVARRUBIAS¹³ se apunta que uno de los subprincipios más utilizados en la aplicación del test por el TC es el de **idoneidad y adecuación**, en tanto los que menos se emplean son los de **necesidad y legitimidad del fin**.

Por otra parte, ha estimado el TC que la garantía del respeto al contenido esencial de los derechos lleva implícito el principio de proporcionalidad, en cuanto uno de sus supuestos esenciales consiste en que la regulación, complementación o limitación de un derecho por el legislador, no puede suponer su anulación o negación, en el caso concreto. Así, “**un derecho es afectado en su esencia** cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible y que **se ‘impide su libre ejercicio’** en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica” (ST: Rol 43, de 24.02.1987, c. 21, redactada por el Ministros Sr. Eugenio Valenzuela Somarriva).

Este enfoque implica que nuestra jurisprudencia ha hecho aplicación de una versión del principio de proporcionalidad cercana a HABERLE y a la visión garantizadora, más que optimizadora de los TC alemán y español, dentro de la línea interpretativa inglesa y del TEDH¹⁴.

Recepción positiva del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC chileno: algunos ejemplos

Ha dicho esta Corte: “La Constitución no recoge, explícitamente el principio de proporcionalidad, pero el intérprete constitucional no puede sino reconocer manifestaciones de este principio, que forman parte de una consagración general dentro del ordenamiento jurídico. La doctrina ha estimado que este principio se encuentra integrado dentro de los principios inherentes del Estado de Derecho, de los **artículos 6 y 7** de la CPR, en la prohibición de conductas arbitrarias del **artículo 19, numeral 2**, y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos del **artículo 19, numeral 26**. Asimismo, en el debido proceso y en el reconocimiento de la igual repartición de tributos. Por su parte, laudos constitucionales han manifestado su existencia a partir de preceptos fundamentales, como es el caso del artículo 18, relativo a la proporcionalidad que ha de existir en el trato igualitario entre candidatos de partidos políticos e independientes. También en el **artículo 19, numeral 2, al constituir un criterio para evaluar la diferenciación**. En similar sentido, manifiesta en el **numeral**

¹³ COVARRUBIAS CUEVAS, IGNACIO: “*¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad?: 128 sentencias del Tribunal Constitucional en la perspectiva de la jurisprudencia constitucional alemana, de la Cámara de los Lores y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”, en: Estudios Constitucionales N°12(1), diciembre 2014, pp. 163-238.

¹⁴ COVARRUBIAS, *op. cit.*, pág. 215.

3 del artículo 19, en lo que dice relación con el **debido proceso** en la aplicación proporcional de las sanciones penales, sanciones administrativas y medidas restrictivas. Otra manifestación de este principio se desprende en el **artículo 19, numeral 7**, en lo referido a los arrestos proporcionales a un objetivo constitucionalmente válido. Asimismo, en la proporcionalidad en la determinación de incrementos de los beneficios a los pensionados en la medida que lo expresa el artículo 19, numeral 18. Igualmente, en el **numeral 20 del artículo 19**, sobre la proporcionalidad de los tributos. Por último, en las limitaciones al derecho de propiedad. (STC 2922 cc. 19 y 20)

En otras palabras, se ha dado aplicación al instrumento en el más variado orden de asuntos y a propósito de muy diversas garantías constitucionales, lo que torna imposible, en una exposición panorámica, aludir a otros casos que los más emblemáticos, con la indudable subjetividad que tal selección conlleva.

Independiente de la fidelidad dogmática de los ejercicios de control de constitucionalidad realizados, hay algunos ejemplos de sentencias que representan buenos modelos de razonamiento, con sujeción al test clásico.

1. Rol 1345 (10.03.2009): “Solve et repete”

Se declaró la **inconstitucionalidad**, expulsándose por tanto del ordenamiento jurídico, del **artículo 171 del Código Sanitario**, que exigía el previo pago de la multa como condición para reclamar ante la justicia ordinaria contra una multa aplicada por la autoridad sanitaria. Se fundó la decisión en que si bien el objetivo era lícito –evitar reclamos injustificados o litigación maliciosa– el medio no era idóneo y limitaba “más allá de lo razonable” (es decir, en su esencia), el derecho de acceso a la justicia (c. 13º)¹⁵.

Es de las escasas decisiones en que el test se aplica en su integridad.

2. Rol 1463 (18.08.2009): Daño moral

Se declaró inaplicable el **artículo 2331** del C. Civil, que excluye el derecho a impetrar indemnización de perjuicios de quien haya sido víctima de imputaciones injuriosas contra su honor o crédito, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante y ni aun entonces, si se probare la verdad de la imputación. Luego de analizar con rigor la licitud del fin de la norma y la eventual existencia de otros medios para cumplir con el objetivo de la norma, el Tribunal concluyó que la aplicación del artículo vulneraba el contenido esencial del derecho a la honra por ser aquél desproporcionado “al

¹⁵ La sentencia fue precedida de varias declaraciones de inaplicabilidad previas, en la misma línea: Roles 546, 792, 946, 1046, 1061 y 1253, todas con argumentaciones de similar tenor.

impedir de modo absoluto y a priori la indemnización del daño moral cuando se estima lesionado el crédito u honra de una persona por imputaciones injuriosas, con lo cual se afectaría en su esencia un derecho amparado por la Constitución (artículo 19, N° 4°), vulnerando así lo prescrito por el artículo 19, N° 26 de la Carta Fundamental” (c. 37°).

La conclusión hace una aplicación de la proporcionalidad en sentido estricto, por afectación de la esencia del derecho concernido, consiguiente a la constatación de concurrencia de los demás elementos involucrados en el principio de proporcionalidad.

3. Rol 1254 (15.20.2008): Turnos gratuitos de abogados

Es el tercer caso que revela una aplicación más o menos rigurosa del test de proporcionalidad, en todos sus componentes. Se declaró la inaplicabilidad del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, que faculta a los jueces de letras para designar mensualmente un abogado de turno encargado de atender gratuitamente a las personas que hubieren obtenido beneficio de pobreza, en causas civiles o laborales.

Luego de estimar un fin razonable “la imposición de la obligación de defender a determinadas personas de escasos recursos” (c. 47°), consideró que ello “no autoriza la circunstancia de que no se remunere dicha labor profesional”, porque tal carga “no aparece como un medio necesario ni se justifica para alcanzar el fin constitucional perseguido” (c. 11°), concluyendo que la institución del abogado de turno contravenía el contenido de los artículos 19, N°s 2 y 20 de la Constitución.

Conclusiones

- a. La motivación de las sentencias judiciales es completamente indispensable en un Estado Constitucional Democrático de Derecho;
- b. Los manuales de estilo recomiendan una mayor brevedad y concisión en las sentencias buscando equilibrar el rigor técnico con la comprensión por parte de la ciudadanía;
- c. Es deseable alcanzar un mayor grado de consenso en las sentencias de los TC, tratando de agotar el logro de acuerdos unánimes o con mínimas disidencias, para, en lo posible, hablar por una sola voz, en el lenguaje Dworkiano;
- d. El modelo de interpretación conforme con la Constitución propicia que la declaración de inconstitucionalidad debe manejarse con gran rigor, sin perjuicio de la utilización de sentencias atípicas, cuando la norma controvertida admita una solución conforme;
- e. El test de proporcionalidad ofrece una fórmula de razonamiento hermenéutico riguroso, que ha contribuido de manera importante en el progresivo reforzamiento de la argumentación jurídico-constitucional en el mundo.



SEMINARIO ACADÉMICO
“FORTALECIMIENTO
DEL ESTADO DE DERECHO
Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL”

PANELES

PRIMER PANEL

El Tribunal Constitucional como instancia de control del Legislador

SEGUNDO PANEL

Relación del Tribunal Constitucional con los Tribunales Supremos

TERCER PANEL

Acceso a la justicia constitucional

CUARTO PANEL

Experiencias con el amparo constitucional: ventajas y desventajas



PRIMER PANEL

**EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
COMO INSTANCIA DE CONTROL
DEL LEGISLADOR**



1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA COMO INSTANCIA DE CONTROL DEL LEGISLADOR

Juan José González Rivas¹

I. Introducción

La jurisdicción constitucional surge en torno a la función de control del legislador democrático, que actúa como una importante técnica jurídico-política al permitir garantizar la efectividad de la Constitución incluso frente a quien ostenta en un preciso momento la representación directa e inmediata del pueblo.

En Estados Unidos de América es conocida la gestación a principios del siglo XIX de *la judicial review* por medio de la tan relevante sentencia *Marbury vs. Madison* (1803), en la que el Tribunal Supremo destaca que la Constitución es la norma suprema del territorio y que a ella están sometidos todos los poderes públicos instituidos por ella, entre ellos también del encargado de aprobar las leyes.

En Europa, por su parte, la justicia constitucional es una creación de Hans Kelsen que se introduce normativamente en la Constitución federal austriaca de 1920, que articuló un Tribunal Constitucional separado de los jueces y tribunales ordinarios a la que se confería la atribución de asegurar que el legislador democrático adoptaba normas jurídicas sin excederse de la habilitación normativa prevista en dicha Constitución de 1920. La garantía jurisdiccional de la Constitución se erige en pieza decisiva de la construcción doctrinal del jurista vienés, con proyección en el sistema europeo.

En la actualidad, ya bien entrados en el siglo XXI, la justicia constitucional se ha consolidado y extendido con mayor o menor alcance a un amplio número de sistemas constitucionales. Y, además, por lo general ha visto notablemente incrementadas sus funciones.

En el modelo de la Constitución española de 1978, por referirme a algunas de las más importantes de estas tareas adicionales, se ocupa también de la protección de los derechos fundamentales, de resolver los conflictos entre los poderes constitucionales y de asegurar la efectividad del reparto constitucional de competencias entre el Estado central y las Comunidades Autónomas. Sin embargo, el control del legislador democrático sigue siendo su atribución más característica, sin la cual no resulta posible hablar de una verdadera jurisdicción constitucional.

¹ Presidente del Tribunal Constitucional de España.

II. Elementos principales del Tribunal Constitucional Español

Esta función del Tribunal Constitucional viene determinada en sus elementos principales por la peculiar posición constitucional del legislador democrático. La previsión en el artículo primero de la Constitución de 1978 del principio democrático y la consagración en el mismo precepto del pluralismo político como valor superior conlleva reconocer al legislador, en tanto depositario inmediato de la legitimidad popular, un amplio margen de decisión a la hora de establecer unas u otras opciones normativas, y por otro lado atribuir a sus producciones normativas una presunción reforzada de conformidad a la Constitución. Estas dos condiciones se reflejan, como detallaré a continuación, en varias de las notas características del control que despliega sobre ellas el Tribunal Constitucional.

1. El primero de estos elementos consiste en que la Constitución española de 1978 confía el control del legislador democrático al Tribunal Constitucional como una atribución exclusiva, que no corresponde ejercer más que a él, si bien actuada a través del principio de justicia rogada. No sucede lo mismo con otras de sus funciones, como la de tutela de los derechos fundamentales o la de resolución de conflictos competenciales entre instancias territoriales, las cuales son asignaciones que el Tribunal Constitucional comparte conforme a un criterio distinto con los órganos integrantes del Poder Judicial que examinan los problemas de estricta legalidad, frente a los problemas de constitucionalidad de la ley, que monopoliza el Tribunal Constitucional.

Se adscribe de este modo el sistema español al modelo de control concentrado de constitucionalidad de la actividad legislativa. A diferencia de los supuestos en que se acoge el control difuso, las disposiciones con rango legal resultan intangibles para los jueces y tribunales ordinarios, lo que implica un cierto equilibrio de poderes entre los órganos constitucionales tendente a reforzar la situación constitucional del legislativo. El refuerzo consiste en que solo un órgano constitucional, que además tiene una configuración específica y claramente diferenciada del Poder Judicial, puede declarar que una norma con rango de ley es contraria a la Constitución, y asociar a ello un pronunciamiento de nulidad.

Examinado desde una perspectiva complementaria, los órganos de Poder Judicial están sujetos a la ley formal, que no pueden inaplicar en ningún caso. Bien que, como resalta su artículo 9.1, a la Constitución se encuentran sometidos todos los poderes públicos, también el Poder Judicial. Pero este sometimiento se traduce en que el juzgador, de entender que la ley es contraria a la Constitución, ha de promover una cuestión de inconstitucionalidad para obtener del Tribunal Constitucional la expulsión del ordenamiento jurídico de dicha norma legal y resolver la duda de constitucionalidad suscitada por el juez ordinario.

2. La segunda nota que expresa esta posición reforzada del legislador se aprecia en relación a la fijación de cuáles son el alcance y la profundidad del control que corresponde al Tribunal Constitucional cuando se proyecta sobre una disposición con fuerza de ley.

Debe ser destacada a estos efectos la importante sentencia 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6, que abordó específicamente esta cuestión y estableció que “[l]a posición constitucional del legislador [...] obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes”. El Tribunal ha procedido también a delimitar este distinto alcance cualitativo del control pues, con motivo de enjuiciar ciertas medidas legislativas con arreglo al canon constitucional de proporcionalidad, ha precisado que “el legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, dentro del marco que esta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas” (STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 6).

De esa doctrina constitucional se extrae directamente la conclusión que el ejercicio de esta función confiada al Tribunal Constitucional no puede ir más allá de verificar conforme a un criterio externo si la norma legal enjuiciada se ha extralimitado realmente respecto de ese amplio marco que definen los preceptos constitucionales. Si hiciera otra cosa, el Tribunal Constitucional estaría sustituyendo al legislador en su función constitucional de escoger, entre las distintas opciones normativas constitucionalmente posibles y conforme al juego político de mayorías y minorías en que es la esencia del principio democrático, aquella que le resulte más conveniente.

3. Quiero resaltar en tercer lugar que el control directo y abstracto de las leyes, que se verifica a través del recurso de inconstitucionalidad, se condiciona al cumplimiento de requerimientos formales de procedibilidad notablemente estrictos, lo que, al igual que las dos notas anteriormente resaltadas, desemboca en un refuerzo de la posición constitucional del legislador. Me refiero en particular a la legitimación activa, que viene constitucionalmente restringida a un número limitado de sujetos de carácter político, y al muy corto plazo dentro del que debe ser interpuesto este proceso constitucional.

La combinación de ambos factores produce el efecto de que no será extraño que disposiciones del legislador que pudieran entrañar alguna contradicción con la Constitución no sean sometidas al Tribunal Constitucional por medio de recursos de inconstitucionalidad, ya sea porque transcurra el plazo sin advertirse la eventual discordancia, o porque advertida los órganos legitimados no hayan considerado conveniente dar lugar al correspondiente proceso constitucional.

Esta circunstancia hacía imprescindible, con la finalidad de asegurar que la Constitución prevalece en todo caso, que se complementase el recurso directo y abstracto con una acción de inconstitucionalidad indirecta y concreta, que se pudiera promover por los órganos del Poder Judicial en todos aquellos casos en que deba aplicarse al asunto *sub iudice* una norma con rango de ley de la que haya motivos serios y fundados para tenerla por inconstitucional. Este segundo proceso constitucional de control del legislador está previsto en el artículo 163 de la Constitución y se denomina cuestión de inconstitucionalidad, desarrollándose su contenido procesal en los arts. 35 y ss. de la LOTC.

No abordaré en este momento esa acción concreta de inconstitucionalidad, pero sí me interesa poner de relieve que los requisitos de admisibilidad (legitimación, plazo) y las reglas de tramitación (audiencia al Ministerio Fiscal y partes intervinientes) de uno y otro proceso constitucional difieren en gran medida. Ahora bien, coinciden estos dos procesos constitucionales en los efectos de una sentencia estimatoria: en ambos casos el Tribunal Constitucional, de apreciar una contradicción con la Constitución, declara la inconstitucionalidad y nulidad de la ley.

Esta observación última adquiere una significación especial si la contrastamos con otros sistemas de justicia constitucional concentrada. Merece una especial consideración que, tras la reforma constitucional de 2005, el Tribunal Constitucional de Chile tiene atribuido, en virtud del artículo 93.6 de la Constitución, el conocimiento de una acción de control concreto de constitucionalidad, pero en este proceso a dicho alto Tribunal solo le compete “resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal”. Según el artículo 93.7 del mismo texto constitucional, la inconstitucionalidad de ese precepto legal que ha sido declarado inaplicable exigirá de la tramitación de otro proceso constitucional sucesivo, este ya configurado al estilo de una acción directa, y que puede promoverse de oficio o desplegarse en virtud de la acción pública que se reconoce a estos efectos en el artículo 93.16 de la Constitución, procediendo para su resolución que concurra el voto favorable de al menos cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio.

III. Recurso de Inconstitucionalidad en el Tribunal Constitucional de España

Me ocuparé a continuación de algunos aspectos de la regulación específica del recurso de inconstitucionalidad, comenzando por mencionar quienes tienen legitimación para instar su incoación. Nótese que se trata de una acción directa y concreta de control de constitucionalidad, que está presidida por la función estrictamente objetiva de depuración del ordenamiento jurídico, no atendiendo por el contrario a satisfacer ningún interés de carácter subjetivo.

Esta configuración objetiva del procedimiento justifica que la legitimación activa venga constitucionalmente atribuida en exclusiva a una serie de sujetos políticos, a través de una enumeración que responde al criterio de *numerus clausus*. El artículo 162.1.a) de la Constitución, con las precisiones del artículo 32 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, solo autoriza para interponer este recurso al Presidente del Gobierno, al Defensor del Pueblo, a 50 diputados, a 50 senadores y, cuando se trata de leyes del Estado central, a los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y a las Asambleas de las mismas.

Consecuentemente, el Tribunal Constitucional ha establecido que los sujetos legitimados no tienen necesidad de acreditar ningún interés concreto en la disposición legal que es objeto de su impugnación, pues la legitimación no se le atribuye para defender su esfera de competencias, sino que se trata de confiar la iniciativa en los procedimientos de depuración del ordenamiento jurídico a ciertos órganos o porciones de órganos de naturaleza política. Es por este motivo que

el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente, y por último en la STC 99/2018, que “con independencia de la cualidad del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos comprendidos en el título I, su legitimación al respecto ha de entenderse en los mismos términos y con la misma amplitud que la del resto de los sujetos contemplados conjuntamente en los arts. 162.1 a) CE y 32.1 LOTC, pues [...] dicha legitimación les ha sido reconocida a cada uno de ellos ‘no en atención a su interés, sino en virtud de la alta cualificación política que se infiere de su respectivo cometido constitucional’”.

Otra manifestación de la misma idea subyace en la admisión de los recursos de inconstitucionalidad promovidos por gobiernos o asambleas autonómicas contra leyes estatales independientemente de que esté en juego la defensa de sus competencias autonómicas, como por ejemplo en la STC 236/2007, en la que se impugna la regulación de los derechos y libertades de los extranjeros en España, materia sobre la que la Comunidad Foral de Navarra no ostenta competencia alguna.

Por contraste con la amplitud de la legitimación institucional de los sujetos políticos enunciados en la Constitución, se niega toda legitimación activa por interés. Las personas físicas o jurídicas que no se hallen en esa enumeración, aunque acrediten un interés especial en la disposición legal que pretenden impugnar, verán inadmitido el recurso que interpongan por falta de legitimación activa. En España no solo no hay una acción pública para promover una acción directa de inconstitucionalidad, sino que tampoco se admite la impugnación de aquellos sujetos que, sin estar contemplados entre los legitimados explícitamente, puedan invocar un interés especial en la norma. Este régimen de legitimación activa restringida pone a salvo la estabilidad de las disposiciones legislativas, que gozan de presunción de constitucionalidad, la cual solo puede cuestionarse por quienes aparecen expresamente legitimados en la Constitución.

Eso no quiere decir que las personas físicas y jurídicas no legitimadas para incoar una acción directa de inconstitucionalidad queden sin vía procesal para provocar un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre las leyes que les afecten. Existen varias vías indirectas para satisfacer el propósito de estos sujetos.

Cuando la norma legal ha fundamentado un acto de aplicación individual, el destinatario de esa resolución singular puede impugnarla ante los jueces y tribunales ordinarios a través de las vías procesales existentes y fundar su recurso en que la norma legal que da cobertura a ese acto aplicativo es inconstitucional. A partir de ahí, dependiendo de cuál sea el criterio del órgano judicial interviniente, tendrá acceso ante el Tribunal Constitucional bien por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad bien por medio del recurso de amparo constitucional.

Si comparte el criterio del recurrente, el órgano judicial planteará cuestión de inconstitucionalidad y la parte en el proceso a quo podrá personarse ante el Tribunal Constitucional y alegar lo que a su derecho convenga. En otro caso, el órgano judicial desestimaré el recurso planteado por el sujeto interesado contra el acto aplicativo, en cuyo caso aquél, si está implicado alguno de sus derechos fundamentales podrá promover un recurso de amparo constitucional directamente

contra el acto aplicativo, si bien fundado en la inconstitucionalidad de la norma legal de cobertura. En estos casos, si lo considera procedente, el Tribunal Constitucional se autocuestionará la constitucionalidad de la ley de cobertura. Así ha sucedido con las resoluciones administrativas que, en aplicación del artículo 294 LOPJ, denegaban la indemnización a los presos preventivos que al final de proceso resultaban absueltos en virtud del principio *in dubio pro reo*. Los interesados impugnaron inicialmente las resoluciones administrativas ante los órganos judiciales y, ante la desestimación de su recurso, acudieron en amparo ante el Tribunal Constitucional, quien se planteó una cuestión interna de inconstitucionalidad respecto de la ley aplicada y concluyó en la STC 85/2019 que dicha ley vulneraba el principio de igualdad y la vertiente extraprocesal de derecho a la presunción de inocencia.

Por último, debe resaltarse que el Defensor del Pueblo puede operar como cauce informal para promover acciones directas de inconstitucionalidad por las personas físicas y jurídicas que carecen de legitimación. En 2019 el Defensor del Pueblo, acogiendo la petición de un conjunto de expertos y de asociaciones en la materia, interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra el precepto legal de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, que permitía, sin prever las salvaguardas necesarias, el tratamiento de datos relativos a las opiniones políticas de las personas en el contexto de los procesos electorales. El Tribunal Constitucional estimó la impugnación en la STC 76/2019, de 22 de mayo.

El otro de los requerimientos de admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad a que aludiré es el reducido plazo de interposición. También produce un importante refuerzo de la posición del legislador, contribuyendo a dar estabilidad y certeza al ordenamiento jurídico, el hecho de que los legitimados activamente no gocen de esa facultad *sine die*, sino justo al contrario, de un modo muy limitado en el tiempo. La Constitución española de 1978 no hace ninguna precisión al respecto. Es el artículo 33 LOTC es el que dispone que el recurso de inconstitucionalidad se formulará dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación de la ley en el periódico oficial correspondiente.

Este régimen conlleva un doble límite. De un lado, como resulta expresamente de esa previsión legal, la posibilidad por parte de los legitimados activamente para incoar un recurso de inconstitucionalidad caduca transcurridos esos tres meses. Cabe una excepción en que ese plazo pasa de tres a nueve meses. Se aplica a aquellos casos en que el Presidente del Gobierno y los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas acuerdan entablar negociaciones para resolver las discrepancias sobre la constitucionalidad de la norma (art. 33 LOTC).

Por otro lado, al establecer que el recurso de inconstitucionalidad deberá formularse dentro de un plazo a partir de la publicación de la ley en el diario oficial correspondiente, se está impidiendo la interposición de recursos de inconstitucionalidad de un modo preventivo. Existió esta posibilidad en la redacción originaria de la LOTC, a través de un proceso constitucional específico regulado en su artículo 79, que se singularizaba por poder dirigirse únicamente contra dos tipos de normas (estatutos de autonomía y leyes orgánicas) y por sustanciarse antes de adquirirse definitivamente la condición

de ley, mediante la impugnación del proyecto finalmente aprobado por las cámaras legislativas. Este proceso constitucional, que entrañaba un control preventivo de constitucionalidad, fue objeto de muchas críticas, tanto por prestarse a un uso partidista que perseguía obstaculizar la entrada en vigor de los proyectos normativos de la mayoría, como por suponer un uso excesivamente extenso del artículo 161.1.d) de la Constitución, en el que se habilita al legislador orgánico para atribuir al Tribunal Constitucional materias no previstas en el texto constitucional como indica Aragón Reyes. El resultado fue que, debido a su carácter en absoluto pacífico, este proceso constitucional disfrutó de muy corta vida, pues terminó siendo derogado mediante Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio.

Bien entrado el siglo XXI se ha vuelto a introducir, por medio de la Ley Orgánica 12/2015, una nueva modalidad de recurso previo de inconstitucionalidad, también en el artículo 79 LOTC. Ha sido la experiencia en torno a la impugnación y consecuente extensa declaración de inconstitucionalidad del estatuto de autonomía de Cataluña lo que ha determinado principalmente esta nueva regulación.

Dicho estatuto de autonomía, una vez que obtuvo el respaldo del legislador autonómico que ostenta la facultad de iniciativa y por el legislador estatal que es competente para tramitarlo y aprobarlo, fue sometido a referéndum del cuerpo legislativo de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que lo avaló el 18 de junio de 2006. La STC 31/2010, de 28 de junio, sin embargo, consideró que este estatuto de autonomía incurría en motivos de inconstitucionalidad. A pesar de tratarse de una situación completamente regular en términos constitucionales, no cabe perder de vista o minusvalorar el valor jurídico-político que representa el surgimiento de un conflicto entre lo votado en referéndum por el cuerpo electoral de referencia y lo que acaba decidiendo el Tribunal Constitucional al resolver un recurso de inconstitucionalidad.

Este cúmulo de circunstancias contribuyó de un modo decisivo para que el legislador orgánico, en uso de la genérica facultad que le viene conferida en el citado 161.1.d) de la Constitución, retornase a la redacción originaria de 1979 y volviese a introducir un proceso constitucional específico denominado recurso previo de inconstitucionalidad, que como el anteriormente mencionado se asemeja en prácticamente todo al recurso de inconstitucionalidad, con las salvedades constituidas por el tiempo de interposición y por las normas legales que pueden constituir su objeto, que no son más que los proyectos de estatutos de autonomía y las propuestas de reforma de los mismos. La diferencia con la modalidad originaria del recurso previo de inconstitucionalidad es que ya no se incluyen en su objeto procesal las leyes orgánicas, lo que explica claramente que se mantiene el criterio acogido en 1985 de rechazar esta modalidad de control del legislador por los inconvenientes que en su día se manifestaron, con la excepción de los estatutos de autonomía, en tanto que ellos cuentan con respaldo popular directo por medio de referéndum y el legislador orgánico entiende que procede evitar las situaciones normativas que sean susceptible de provocar de algún modo este conflicto de legitimidades.

2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO ÓRGANO DE CONTROL DEL LEGISLATIVO¹

Dr. Andreas Paulus²

I. Introducción

En primer lugar, permítame agradecerle por la amable invitación y su inmensa hospitalidad. Después de la visita oficial del Tribunal Constitucional Federal a Chile el año pasado. Su invitación es un signo particularmente agradable de nuestras amistosas relaciones. Más allá de nuestros lazos culturales, compartimos una tradición constitucional común como Estados democráticos constitucionales, ya sea que vivamos –formalmente– en una democracia presidencial, una monarquía constitucional, o bien, una democracia parlamentaria. En particular, compartimos la idea de un Tribunal Constitucional autónomo e independiente que someta las leyes de la legislatura legitimada democráticamente al control constitucional. Esta idea sigue asociada con el nombre del colega alemán-austríaco Hans Kelsen –profesor académico del profesor de mi padre académico, Bruno Simma, mi bisabuelo académico– independientemente de lo que se pueda pensar de tales genealogías académicas.

El año pasado celebramos el 40 aniversario de la constitución española, y este año el 70 aniversario de la constitución alemana. Me complace estar en Chile, aprendiendo a comprender mejor el papel del Tribunal Constitucional chileno y, tal vez, poder contribuir en algo a la comprensión del rol de la Corte Constitucional Federal en la supervisión de la legislatura.

II. Control de constitucionalidad en un Estado constitucional democrático

El tema de este panel no es sólo una teoría “de larga data” de la democracia constitucional, sino también un problema cotidiano en la práctica constitucional: por un lado, el control jurisdiccional por parte de la propia legislatura democrática no es algo en absoluto evidente. Después de 60 años de jurisdicción constitucional, el cuestionamiento respecto de qué legitimación puede tener un tribunal constitucional –con ocho jueces, elegidos por una de las dos cámaras parlamentarias por un período de doce años sin reelección– puede ser, por lo tanto, utilizado una y otra vez en

¹ Traducción al castellano del editor, Rodrigo Delaveau Swett. Artículo original presentado en alemán.

² Juez de la Corte Constitucional Federal de Alemania.

Alemania. ¿Tiene un Tribunal Constitucional que aprobar todas las decisiones de parlamentos elegidos directamente?

Hay principalmente dos formas de justificar esto, que pueden complementarse entre sí pero, a veces, pueden verse enfrentadas. Por un lado, el Tribunal Constitucional desempeña el papel de árbitro entre los poderes del Estado, rol no muy diferente al de árbitro deportivo, como lo expresó el presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos, John Roberts, en su audiencia ante el Senado. Esta justificación es particularmente eficaz cuando las competencias de los diferentes poderes elegidos democráticamente tienen que delimitarse entre sí. Esto es resulta muy evidente en una democracia presidencial como la chilena, en la que el presidente y el parlamento son elegidos directamente por el pueblo. Pero incluso en el Estado federal alemán, donde el nivel nacional como el estatal están constituidos democráticamente, alguien tiene que delimitar las competencias entre sí. También en España hay que delimitar las competencias del gobierno central y de las regiones. Finalmente, sobre todo, debe asegurarse que la democracia no se destruya a sí misma, pero resguardando que la oposición tenga una oportunidad justa de reemplazar a la mayoría del gobierno anterior en las elecciones. Una “democracia antiliberal” se autodestruye cuando las elecciones solo sirven para confirmar al gobierno existente, que solo cuenta con los medios de una campaña electoral moderna. En las democracias que funcionan, como en el caso de nuestros tres países, hay cambios regulares de gobierno, la libertad de expresión y reunión son de vital importancia, de manera que los ciudadanos puedan formarse sus propias opiniones y expresarlas. Una de las funciones del control legislativo por parte de los tribunales constitucionales es, por tanto, proteger las instituciones democráticas y el autogobierno colectivo –que es una expresión de la dignidad humana– de la voluntad de la mayoría circunstancial.

Pero, esta justificación solo puede explicar una parte de los derechos fundamentales. Éstos últimos también protegen al ciudadano individual –la minoría individual– de la “tiranía de la mayoría” que ya invocaron los padres de la constitución estadounidense. Si se supone que el Estado existe por el bien del pueblo y no por el pueblo por el bien del estado, como lo expresó el primer borrador de la Ley Básica alemana, entonces la mayoría debe respetar y proteger los derechos del individuo –los derechos básicos limitan la soberanía popular. Así, el artículo 5 inciso 2° de la Constitución chilena expresa este principio de manera convincente. Entonces, se requiere una autoridad que equilibre los derechos del individuo con el gobierno de la mayoría en una democracia liberal. Es tarea de tribunales constitucionales independientes –como el nuestro– monitorear este constante acto de equilibrio, que es principalmente una cuestión para el consentimiento de la mayoría, pero, más bien, para proteger a los ciudadanos, especialmente a las minorías, de los ataques de la mayoría. Esta es también la justificación para aplicar el principio de proporcionalidad, que prácticamente todos los tribunales constitucionales, con la excepción de Estados Unidos, practican ahora. Sin embargo, también se aplica lo siguiente: el Tribunal Constitucional no debe convertirse en un “legislador suplente”, sino más bien involucrarse en la separación de poderes y ser un órgano de control, cuyos poderes se derivan de la constitución y no de las preferencias políticas de los jueces.

III. Control de las normas de la Ley Fundamental alemana.

La Ley Fundamental alemana establece el control de las normas solo después de la entrada en vigor de las leyes (cf. Art. 93 (1) No. 2 GG). Sin embargo, la jurisprudencia hace una excepción para los tratados internacionales (como el procedimiento actual para el acuerdo comercial europeo-canadiense CETA) porque de lo contrario existe un riesgo de responsabilidad en virtud del Derecho internacional si solo se estableciera, posteriormente, que Alemania no puede cumplir un tratado internacional válido³.

Sin embargo, el control abstracto de las normas se acerca al control constitucional antes de la entrada en vigor de las leyes como sucede en Chile o en Francia. No obstante, en mi impresión, dicho control está plagado de problemas, especialmente si aún se desconoce la aplicación y cumplimiento de la ley por parte de la administración y los tribunales. A la inversa, una justificación para el control específico de las normas, es decir, el control constitucional de la aplicación de las leyes radica precisamente en el hecho de que la legislatura a menudo solo puede predecir de manera imperfecta las circunstancias y los efectos prácticos de las leyes sobre los derechos de los ciudadanos. La evaluación del impacto legislativo es tan difícil como la del texto mismo de la ley. En este caso, el Tribunal Constitucional no es un legislador suplente, sino que ejerce un control retrospectivo de los efectos de las leyes sobre los derechos fundamentales.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional Federal alemán también es muy restrictivo cuando una ley como tal es objeto de una acción de inconstitucionalidad. Por lo general, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, requiere un acto previo de acción contra el denunciante y el agotamiento de los recursos legales ante los tribunales ordinarios (artículo 90 (2) frase 1 BVerfGG).

IV. Límites del control jurisdiccional

Un modelo tenue de proporcionalidad equilibrada sugiere que los tribunales sustituyan a la mayoría por sus propios equilibrios. Pero eso solo podría aplicarse en una medida muy limitada. En las primeras etapas del test de proporcionalidad, la legislatura tiene la primera y generalmente la última palabra: establece la meta en el marco de la constitución, llena los espacios que no están legalmente determinados. El Tribunal Constitucional solo reemplaza al legislador con su propia evaluación de

³ Sin embargo, en su decisión sobre la Anulación del Tratado, el Segundo Senado de la Corte Constitucional Federal decidió que los acuerdos de doble imposición pueden ser frustrados por tratados parlamentarios a nivel nacional al oponerse a la legislación, ya que la aprobación de la ratificación por parte del parlamento solo tiene lugar a nivel de una ley federal (Art. 59 (2) GG). Sin embargo, esto puede no aplicarse en la misma medida al *jus cogens* internacional en lo que respecta a los derechos humanos universales (artículo 1, párrafo 2 de la Ley Fundamental alemana, que es similar al artículo 5, inciso 2, de la Constitución chilena). Lo mismo se aplica a la prohibición de la violencia respaldada constitucionalmente y al imperativo de la paz, así como a la participación en organizaciones internacionales como las Naciones Unidas (Art. 24 GG) y la Unión Europea (Art. 23 GG).

la idoneidad y necesidad de las leyes si los medios elegidos resultan completamente inadecuados para lograr el objetivo, o si resulta evidente la existencia de un medio menos drástico para resolver los conflictos entre la mayoría y la minoría, que suele pasarse por alto inadvertidamente durante el proceso legislativo. Sin embargo, al examinar estas dos características, puede resultar que los intereses públicos sean muy débiles y no puedan competir con los derechos del individuo. Aquí también se aplica el precepto del legislador sobre qué medidas se deben adoptar.

La dogmática jurídica ha creado un margen de maniobra para la legislatura. Hablamos del margen de valoración de los hechos en los que se basa su decisión, y del margen de previsión de desarrollos futuros. Aquí el legislador tiene, por un lado, la legitimación democrática, pero, por otro, también la mayor probabilidad de valoraciones “correctas” por parte de un mayor número de tomadores de decisiones. Solo si se puede descartar que los pronósticos del legislador puedan ser correctos, los tribunales –y, especialmente los tribunales constitucionales– pueden intervenir en favor de los derechos fundamentales y declarar inconstitucional –y, por tanto, nula y sin valor– una determinada aplicación de la ley o incluso la propia ley. Esto puede surgir, en particular, si el legislador no ha reconocido que una ley plantea problemas de derechos fundamentales, o ha realizado sus evaluaciones en un procedimiento inadecuado con un conocimiento experto basado en la abrumadora mayoría, o bien, en un conocimiento científico claro.

Sin embargo, cuando diferentes soluciones parecen justificables, el legislador puede sopesar los riesgos de forma independiente y llevar a cabo su propia evaluación de riesgos incluso si no hay certeza. En sus decisiones sobre el uso pacífico de la energía nuclear, la Corte Constitucional Federal alemana ha dejado en claro que el legislador es responsable de la tecnología de alto riesgo y que puede revisar su evaluación para que solo, en circunstancias especiales (por ejemplo, en la discriminación injustificada de empresas individuales) intervendrá el tribunal constitucional.

V. Obligaciones del legislador de fundamentar las leyes y sus límites

Sin embargo, al hacerlo, el tribunal puede someter el procedimiento de la legislatura a una revisión. En el primer caso del bienestar social, que llevó a su derivación de la dignidad humana en relación con el principio del estado de bienestar, la Primera Sala de la Corte Constitucional Federal alemana objetó la justificación de la legislatura para el método que había elegido. A partir de esto, algunos parlamentarios habían llegado a la conclusión de que el tribunal había interferido en el procedimiento parlamentario y, por lo tanto, había menoscabado las posibilidades de llegar a un compromiso parlamentario y formar una mayoría. En un fallo posterior, la Sala enfatizó que esta interpretación de su sentencia era incorrecta⁴.

⁴ “Los requisitos resultantes de la constitución para la determinación metódicamente adecuada de los beneficios garantizados por el derecho constitucional no se relacionan con el procedimiento legislativo, sino con sus resultados. El derecho básico

Sin embargo, cuando el Poder Legislativo fijó el nivel de los sueldos de los funcionarios y jueces, la Segunda Sala del tribunal estipuló tal obligación de motivar y fundamentar esa decisión legislativa, porque es la única forma de tomar las determinaciones necesarias y lograr un resultado racional y verificable. Con todo, este fue un caso especial⁵. De lo contrario, bastaría la mera justificación de las diferenciaciones del principio general de igualdad (es decir, el legislador puede aportar razones hasta la audiencia ante el Tribunal Constitucional Federal) si pueden justificar de manera sustantiva la injerencia en los derechos fundamentales.

VI. Conclusión

Contrariamente a la opinión común, el Tribunal Constitucional Federal y los tribunales no son “legisladores suplentes” en lo que respecta al control de las leyes, ni reemplazan al poder legislativo ni a la oposición en el parlamento. Eso no ha cambiado desde Montesquieu. Pero los tribunales constitucionales y otros tribunales que deciden sobre la constitucionalidad de las leyes tampoco son “*en quelque façon nulle*”. Éstos aseguran el proceso democrático y evitan que los derechos fundamentales se vean indebidamente menoscabados sin un motivo razonable o de manera exagerada. Al hacerlo, controla que el legislador no pierda de vista los efectos de su legislación sobre los derechos de las personas, observando los requisitos de la constitución. Solo por esta razón, y no por razones políticas, los tribunales constitucionales pueden, en casos excepcionales, también derogar leyes y devolverlas al poder legislativo.

La fuerza del modelo de jurisdicción constitucional independiente radica precisamente en el hecho de que encomienda el rechazo de las leyes a tribunales constitucionales especializados. Pero esto también significa que deben ejercer su poder con cautela y ser conscientes de la limitación de su legitimidad a la protección de los derechos fundamentales y la constitución. Mantener el equilibrio entre la soberanía popular y la protección de los derechos fundamentales es tarea y límite de la jurisdicción constitucional en una democracia liberal.

a garantizar un nivel de subsistencia digno... no implica obligaciones procesales específicas para el legislador; El factor decisivo es si el monto de los beneficios en vida se puede corroborar de manera objetivamente diferenciada mediante cálculos realistas y concluyentes. La Ley Fundamental contiene... en esta medida, requisitos para el procedimiento legislativo, que también garantizan la transparencia de las decisiones del legislativo. El procedimiento parlamentario con su propia función de publicidad asegura que las decisiones legislativas necesarias se negocien públicamente... y permite que sean discutidas en un público más amplio. Sin embargo, la constitución no estipula qué, cómo y cuándo exactamente se justificará y calculará en el proceso legislativo, pero deja espacio para negociaciones y compromisos políticos... Es crucial que al final no se pierdan los requisitos de la Ley Fundamental para garantizar realmente una existencia digna”. BVerfGE 137, 34 (73 marginal n.º 77, citas omitidas).

⁵ BVerfGE 130, 263 (301 f.); 139, 64 (126 f. Rn. 129 f.).

3. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE AL LEGISLADOR

Gonzalo García Pino¹

I. Introducción

El presente seminario se nos ofrece como una oportunidad magnífica de recrear una relación de trabajo con dos Tribunales Constitucionales amigos y referentes mundiales en materia de justicia constitucional. Sus países, sus historias, sus Constituciones, sus Tribunales y sus experiencias han servido al Derecho y, especialmente, al Derecho Constitucional de un modo inestimable.

Se nos propone un tema tan amplio como desafiante. Los Tribunales Constitucionales tienen como objeto preferente, no único, el control de la ley y, por ende, de quiénes la producen, sus legisladores.

Esa tarea está lejos de ser una cuestión meramente técnica o de asepsia normativa. La semana pasada en la cuenta pública del Senado su Presidente nos recordaba que Chile tenía “dos cámaras y no tres” en alusión a nuestro Tribunal. Tales cuestionamientos no son nuevos ni únicamente referidos al caso chileno, hace más de tres décadas si viene tratando a las Cortes constitucionales como “cuarto poder” (Crisafulli), “tercera cámara” (Stone, Rubio Llorente) o “súper parlamento” (Capelleti)². Tales consideraciones apuntan a una dimensión de árbitro de valoraciones de mérito en donde el Tribunal no tendría una competencia que los diferencie sustantivamente respecto del Congreso Nacional.

Este tipo de cuestionamientos demuestran que tienen una raíz jurídica pero una deriva relativa al entramado del poder. Para la inconformidad de los asistentes desarrollaré esta cuestión en clave de teoría de la interpretación y no en la perspectiva de la teoría democrática, con lo cual se pondrán máximas, criterios o tesis específicas que orientarán mejor este debate entre magistrados.

¹ Ministro del Tribunal Constitucional de Chile.

² Ver, entre otros, BRAGE CAMAZANO, JOAQUÍN (2005), *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 110 y siguientes y ALEGRE MARTÍNEZ, MIGUEL ÁNGEL, “El recurso previo de inconstitucionalidad según la ley orgánica 12/2015: un regreso esperado, una reforma insuficiente” en *Revista de Derecho Político*, N° 97, 2016, UNED, pp. 89-140. En alguna medida para el ámbito anglosajón pero centrado en la función de la Corte Suprema de los Estados Unidos se viene sosteniendo lo mismo desde 1962. Ver BICKEL, ALEXANDER (1962), *The least dangerous branch*, Yale University Press.

II. Siete tesis sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador

A continuación, propondré siete tesis sobre la relación Tribunal Constitucional y legislador chileno. Mi pretensión no es exhaustiva ni general, sino que apuntaré con algunos criterios normativos relativos a nuestro esquema organizacional de los tribunales.

Primera tesis: el eje de la relación está marcado por la voluntad del legislador y la capacidad de los Tribunales Constitucionales es limitada en ese escenario

La fortaleza de los Tribunales Constitucionales es la capacidad de imperio de sus sentencias. Pero su debilidad es plasmar las condiciones de tal vínculo en ellas mismas y nada más que eso.

Podemos teorizar largamente sobre los defectos de la legislación basados en la supuesta racionalidad del legislador; en su trabajo técnico que superpone una y otra vez ley sobre ley dejando vacíos y dudas; en la coherencia normativa; en la vigencia intertemporal de sus mandatos; la identificación de fuentes de financiamiento, la lealtad a los procedimientos o la expresión de las motivaciones y fundamentos para el cambio normativo y un largo etcétera.

Estos defectos de la ley son su garantía inicial. Si la razonable obsesión es evitar la tiranía de las mayorías, debe ser entendida como una buena noticia la noción de una ley imperfecta producto de negociaciones y acuerdos que producen resultados factibles y pragmáticos, aunque los que estén fuera de los acuerdos denosten estas negociaciones y acuerdos con todo tipo de imprecaciones. Lo esencial es que no es el resultado de una imposición de una mayoría.

Estoy consciente que la lógica de los acuerdos puede entrañar un riesgo de constitucionalidad de alguno de sus contenidos, pero hay que partir de la idea de que es más riesgoso el problema de una legislación que se formaliza sin deliberación sustantiva y sólo como un ejercicio aritmético de una mayoría.

Pero detrás de esa polémica los Tribunales no pueden convertirse en lo que no son: actores políticos. Al final, cuando el legislador reúne el poder legislativo y, en particular, el poder constituyente en las mismas manos, la tentación de ser quiénes indican la última palabra no parece ser razonable. Habida cuenta la magnitud de las 41 reformas constitucionales en Chile, que alcanzan a todos los Capítulos de la Constitución con la salvedad de Banco Central. Son reformas que, a falta de medidas certeras de comparación, han implicado que sus normas permanentes pasaran de las 21.550 palabras de la Constitución original, sin las disposiciones transitorias, a las actuales 26.612 palabras, sin disposiciones transitorias incluidas. Esto implica que la Constitución es un 23% más extensa que la original. Asimismo, solo 23 normas permanentes de sus 129 se mantienen incólumes desde 1980. Dicho así no es propio pasar de intérprete de la Constitución a un ejercicio del poder constituyente por en los hechos somos la penúltima palabra y no la última.

Por lo mismo, desde esta sede el debate no es mirar a un legislador pluralista en una sociedad democrática diversa y amplia, sino que centrarse en el dominio de lo propio. Esto importa que la

tarea de guardián de la supremacía constitucional mantenga esa posición de cuidado externo del ordenamiento sin involucrarse como actor interno de las deliberaciones públicas de una sociedad abierta. Tampoco alejarse de la sociedad ni enclaustrarse. Nada más social que lo constitucional, pero más se nos exige en el dominio de una competencia tan común como esencial. Por eso, nos centraremos en lo meramente jurídico.

Segunda tesis: mientras más abstracto sea el control de la ley más se incrementa el riesgo de politicidad de la decisión del Tribunal

En un control de constitucionalidad nos enfrentamos al dilema de distinguir entre disposición y norma o entre norma y enunciado normativo puesto que la norma es el resultado de una interpretación. Muchas veces esos resultados son diversos y los casos son los que ejemplifican de mejor manera cuánto de la tesis interpretativa es propia de quién controla y cuánto es propia del conflicto que se plantea al Tribunal.

La virtud del control concreto reside en la capacidad de ofrecer un conflicto normativo entre tesis contrapuestas, mostrando algo que los magistrados debemos cautelar mejor, que es un modo objetivado del problema. Pues bien nada de eso acontece en los controles abstractos de una norma.

En algún momento los tribunales constitucionales se enfrentan a una decisión puramente normativa con un alto contenido de abstracción. Esa cuestión puede plantearse como control previo o posterior en orden a verificar la inconstitucionalidad. Este tipo de controles son parte del *genérico control abstracto*, esto es, aquel control que se produce al margen de todo supuesto particular de aplicación de la norma y de cualquier situación jurídica.

En tal sentido, todos los Tribunales han tenido que enfrentar tal tipo de dificultades.

Quizás el problema de naturaleza abstracta de este control resida en la pre-comprensión que se tenga respecto de lo que nos mandata la propia Constitución. En mi concepto, nuestro tribunal tiene su competencia acotada. El TC no conoce de todo asunto vinculado a la Constitución, sino sólo de aquellos que se le encarga resolver. Por lo mismo, no puede ir más allá. Tiene competencias expresas y taxativas.

Sin embargo, no podemos desconocer que el contexto dogmático actual, proveniente tanto desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como desde teorías constitucionales, orienta o privilegia papeles más decididos a sus tribunales constitucionales. Por lo mismo, pasamos de la Constitución como norma parámetro de control, al bloque de constitucionalidad, a la función complementaria de la legislación constitucional orgánica y, ahora al control de convencionalidad.

Detrás de una pretensión demasiado activista se tiende a desformalizar el derecho en los cauces pedagógicos sobre los cuales nos formamos hace décadas atrás.

El resultado de estas lógicas activistas es que se impone es un control que se realiza desde normas demasiado abstractas. Desde los derechos fundamentales, desde los valores superiores del

ordenamiento o desde principios jurídicos, sea como se los denomine. Un derecho de principios aplicados como control en la cúspide acentúa el efecto abstracto de control.

El recurso a principios y valores superiores es el punto de partida de una interpretación, pero no puede servir de marco final para una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad respecto de normas que no se han desplegado en todas sus potencialidades interpretativas.

Una determinación así resuelta ingresa de manera directa en la disputa acerca de las valoraciones con las cuáles se invocan principios y valores superiores del ordenamiento. No es que no valgan estas consideraciones sino que no pueden ser el único ni principal sustento para una declaración de inconstitucionalidad. Planteado así hay un problema con las tesis normativas del legislador en la concepción de la ley y no en los efectos mismos que plantea el texto normativo.

En consecuencia, a un control abstracto no podemos agregar interpretativamente el recurso de la máxima abstracción para producir sentencias estimatorias. No es contradictorio que el mismo recurso pueda utilizarse para defender la constitucionalidad de las leyes, puesto que allí se defiende el pluralismo normativo que la Constitución cautela.

Tercera tesis: el control abstracto tiene grados y el máximo de ellos es el control previo de los proyectos de leyes sin agotar el debate parlamentario

En cuanto control abstracto la actividad interpretativa de los Tribunales Constitucionales ha sido cuestionada por los argumentos dados anteriormente. Pero hay controles dotados de mayor o menores grados de abstracción en la medida que se enfría el debate legislativo que dio origen a la ley.

Por de pronto, no es lo mismo el control de leyes que de proyectos de leyes. En éstos últimos se agudiza la dificultad.

Se distinguen tres modalidades diferentes de control preventivo de proyectos de ley. “Cabe agruparlas en tres grandes técnicas (que no son incompatibles entre sí, e incluso en algunos casos como el portugués, se utilizan todas conjuntamente): controles previos conflictuales, controles previos abstractos y controles vetos”³. Los conflictuales se vinculan a lo que entenderíamos por nuestros lados como un control de compatibilidad entre normas de los Estados federados con las leyes federales al amparo de la Constitución⁴ y los controles vetos no son sino expresiones del poder

³ Los conflictuales se refieren a aquellos casos “en los que normalmente los Gobiernos de la Federación instan, ante la jurisdicción constitucional, un control preventivo sobre normas de los Estados federados, bien en tramitación, bien aprobadas pero antes de su entrada en vigor, con el objeto de comprobar si invaden competencias de la primera”. VILLAVARDE MENÉNDEZ, IGNACIO (2014), “El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley”, en *Revista catalana de dret públic*, N° 49, p. 32.

⁴ No deja de ser interesante el caso de Italia que eliminó el control preventivo en el conflicto que mediaba entre la legislación regional y su Constitución (1999) basados en la incompatibilidad resultante de una auténtica autonomía y el *capitis diminutio* que importaba controles previos.

de veto del Presidente de la República que en el marco de un procedimiento legislativo introduce una consulta al Tribunal Constitucional para su resolución previa, modalidad originariamente portuguesa.

No basta solamente identificar las vías dentro de las cuales pueden discutirse la constitucionalidad de proyectos de ley sino que vale la pena especificar qué será lo controlado efectivamente.

Es muy distinto participar al calor de un procedimiento legislativo inmediato y potencialmente reiterativo (control previo sin límite respecto del precepto del proyecto de ley a cuestionarse) que controles preventivos una vez agotada la deliberación legislativa o controles preventivos con ocasión de una observación o veto del Presidente de la República de una ley ya debatida⁵.

En todos los casos se está en medio de la deliberación gobierno/oposición pero no se está de la misma forma. El control preventivo facultativo sin que esté agotada la deliberación legislativa tiene un alcance cuasi-consultivo y cuasi-jurisdiccional. Si se puede volver a presentar cuantos requerimientos sean necesarios desde el punto de vista de la oportunidad sin que el TC sepa que se agotó la discusión, la deliberación del TC deja de ser jurisdiccional pasando a ser una especie de cuasi-consulta. Por eso, otros tribunales denominan más que sentencia, un dictamen, lo que demuestra que se está frente a una cosa juzgada debilitada o un informe consultivo relevante pero consultivo al fin y al cabo.

En los otros casos, es consultivo respecto de quién promueve el veto, y jurisdiccional respecto del legislador. La graduación es esencial en la discusión, a lo menos, para huir de un modelo consultivo que torne en irrelevante la definición previa del Tribunal Constitucional y que introduzca amplios mecanismos de involucramiento en la politicidad y mérito de las razones de la ley.

Cuarta tesis: conceptualmente operamos con la idea de un legislador negativo en un control concentrado de constitucionalidad pero el control previo es ajeno a ese modelo

El diseño liberal del no legislador. Los TC nacen en Europa como una respuesta técnica al desafío de no permitir que ningún órgano se imponga a las decisiones del Parlamento que contraríen la Constitución. Con su creación se evitó conscientemente el camino estadounidense que desde 1803 imponía un modo de supremacía judicial de la Constitución.

⁵ El primer caso es el chileno, el segundo es el de la experiencia española desde 1979 a 1985 y el último la experiencia portuguesa o colombiana.

En el modelo liberal decimonónico tal pretensión importaba una vulneración del principio de división de poderes que sostenía la prohibición de que los jueces y los tribunales ordinarios declarasen inaplicable la sacrosanta ley como ejercicio máximo de la soberanía parlamentaria⁶. Por ende, debía haber un método que permitiese controlar las leyes a la luz de la Constitución, sin afectar la división de poderes establecida. Un órgano con estructura judicial pero que, actuando como un poder legislativo negativo, permitiese realizar una operación quirúrgica sobre la ley afectada de un vicio constitucional extirpando el tumor inconstitucional.

Para ello se adoptaron los mecanismos de control concentrado de constitucionalidad pero sobre leyes y no sobre proyectos de ley. Si bien la modalidad de control preventivo de constitucionalidad tiene algunos precedentes en anteproyectos que se discutieron en el marco de la estabilización de la República de Weimar⁷, lo cierto es que no podemos encontrar palabra alguna de Hans Kelsen ni en general en los modelos que tuvieron vigencia real en la década del veinte del siglo pasado centrados en un control concentrado de constitucionalidad que hubieran abierto un espacio para el examen de proyectos de ley.

Este diseño institucional pone al TC de frente al legislador desde el momento originario. Como nos recuerda Kelsen, “una Constitución en la que no se contenga la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria, en sentido técnico»; así como que «la justicia constitucional tiene una importancia de primer orden en los regímenes democráticos, donde las instituciones de control son una condición de su existencia”⁸.

Con esto se mantenía un poder jurisdiccional que revestido de poderes anulatorios podía reforzar el Estado de Derecho con contenidos compatibles con el propio orden constitucional que todos defendían. Esto consagró el mito del TC como legislador negativo, pero cabe preguntarse si ese diseño realmente existe hoy.

El control preventivo sobre proyectos de ley tiene raíz francesa y es una fórmula excepcional de control de constitucionalidad que introduce mayor politicidad a la relación del Tribunal Constitucional con el legislador.

⁶ AJA, ELISEO (editor), (1998), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, p. 258.

⁷ Ver en particular el anteproyecto Kulz de junio de 1926 en que se propone una modalidad específica de control previo de carácter consultivo. Ver CRUZ VILLALÓN, PEDRO (1987), *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 170-211.

⁸ Hans Kelsen, (1928). “La garantía jurisdiccional de la Constitución” presentado en la Quinta Reunión de Profesores Alemanes de Derecho Público, los días 23 y 24 de abril de 1928, como Profesor de Derecho Público de la Universidad de Viena, p. 250.

Quinta tesis: el control preventivo de constitucionalidad francés evolucionó hacia un modelo mixto y pretende enfrentar los inconvenientes de ese tipo de control

Revisaremos la influencia francesa del control previo. Para enfrentar este dilema hay dos maneras. O se examina a fondo los mecanismos de control previo⁹ o se estudian aritméticamente.

Hay que partir reconociendo como lo hacen algunos autores que la experiencia del control preventivo está más presente que ausente en los ordenamientos comparados¹⁰. Y efectivamente, cerca de 61 países tienen alguna modalidad de control preventivo de fuentes del derecho sobre 149 países con algún modelo de control de constitucionalidad¹¹. Descartando a los tratados internacionales, el número de países que controla proyectos de ley mediante Cortes Constitucionales especializadas se reduce significativamente. Muchos de ellos, son africanos¹² por influencia directa del modelo de control de la Constitución francesa de 1958. En nuestra región alguna modalidad de esta naturaleza la tiene las Constituciones de Bolivia, Colombia y Ecuador. Y en Europa cabe destacar el caso originario de Francia y, por supuesto, el caso de Portugal.

Sin embargo, la dimensión geográfica no basta para entenderlo como un mecanismo consolidado puesto que tiene matices en su tipología de explicación.

En síntesis, a los efectos que nos interesa el caso relevante es el enjuiciamiento de los resultados de los controles preventivos abstractos.

Cabe tomar el caso francés y realizar una brevísima comparación con la modalidad chilena de control preventivo.

⁹ Asumiremos la definición de control que da Miguel Ángel Alegre entendiéndolo por tal “aquella modalidad de control jurisdiccional concentrado de constitucionalidad que tiene carácter declarativo y abstracto, y que se ejerce por parte de los órganos encargados de control de constitucionalidad cuando les es sometido (bien por los sujetos legitimados en cada caso, bien con carácter preceptivo) un texto normativo, con anterioridad a su entrada en vigor”. Ver ALEGRE MARTÍNEZ, MIGUEL ÁNGEL, “El resurgimiento del debate sobre el control previo de constitucionalidad de España: experiencias y perspectivas”, en *Estudios homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 11.

¹⁰ VILLAVERDE MENÉNDEZ, IGNACIO (2014), “El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley”, en *Revista catalana de dret públic*, N° 49, p. 31.

¹¹ Estudio interno de Rodrigo Delaveau. Tribunal Constitucional de Chile, a la fecha de esta edición publicado en DELAVEAU SWETT, RODRIGO. “Control de Constitucionalidad: Análisis Empírico desde el Derecho Comparado”. Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 67, disponible en www.tribunalconstitucional.cl

¹² Algunos de los ejemplos son Costa de Marfil (2016), Madagascar (2010), Gabón (1991), República del Congo (2015), República democrática del Congo (2005), República Centroafricana (2016), Burkina Faso (1991), etc. “El control a priori no ha tenido excesivo éxito, excepto en los ordenamientos que sufrieron la dominación colonial de Francia o, en cualquier caso, influencias de otra naturaleza”. PEGORARO, LUCIO (2004), *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, Editorial Dykinson, Madrid, p. 65.

El artículo 61 de la Constitución de Francia regula la materia del control preventivo abstracto¹³. Si bien la recepción de esta regla en la Constitución chilena es nítida no se trata de un trasplante idéntico, sino que de una adaptación que obliga a precisar las diferencias entre ambas.

Primero, ambas Constituciones arbitran una modalidad obligatoria y una facultativa. En segundo lugar, los cuerpos normativos objeto de control son disímiles dependiendo de controles preceptivos o voluntarios. En los obligatorios, en Francia se consulta las leyes orgánicas, las proposiciones de ley y los reglamentos parlamentarios. En el caso chileno, son las leyes orgánicas constitucionales, los tratados internacionales en materias de ley orgánica constitucional y las leyes interpretativas de la Constitución. En tercer lugar, el momento para realizar el control facultativo es distinto. El caso francés exige que sea “antes de su promulgación”. Sin embargo, se trata de casos en dónde ha concluido la deliberación de la ley. No se entiende a cualquier momento de su tramitación. Y, por último, son relevantes los efectos. En Francia si se declara su inconstitucionalidad, la ley no es promulgada y su declaración de inconstitucionalidad rige desde el momento de la sentencia o puede diferirse en el tiempo a “una fecha posterior fijada en dicha decisión. El Tribunal Constitucional determinará las condiciones y los límites en que los efectos producidos por la disposición puedan cuestionarse”¹⁴. En cambio, el caso chileno es rígido y el precepto cuestionado “no podrá convertirse en ley en el proyecto”¹⁵.

Habría certezas respecto de la constitucionalidad de todos los mandatos normativos de toda la legislación. Sin embargo, un modelo absolutamente preventivo no existe por la sencilla razón que el modelo más puro, que es el caso francés¹⁶, nunca abarcó toda la legislación y porque ha sido matizado con el agregado constitucional de nuevos mecanismos de control a posteriori. Por una

¹³ Artículo 61 de la Constitución de Francia de 1958: Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, las proposiciones de ley mencionadas en el artículo 11 antes de que sean sometidas a referéndum, y los reglamentos de las Cámaras parlamentarias, antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución.

Con el mismo fin, podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores.

En los casos previstos en los dos apartados anteriores, el Consejo Constitucional se pronunciará en el plazo de un mes. No obstante, a petición del Gobierno, y si existe urgencia, este plazo podrá reducirse a ocho días. En estos mismos casos, la remisión al Consejo Constitucional suspenderá el plazo de la promulgación.

¹⁴ Artículo 62 de la Constitución de Francia.

¹⁵ Artículo 94 de la Constitución de Chile.

¹⁶ “La pureza del modelo francés es más bien la excepción en el derecho comparado, donde abundan los supuestos de acumulación de los controles preventivos y posterior. (...) El Consejo Constitucional francés no regula o controla toda la actividad normativa de los poderes públicos, sino solamente aquella que tiene por objeto la producción de los actos fundamentales e inmediatos a la Constitución”. MODERNE, FRANCK (1993), “El control previo de constitucionalidad en la Europa contemporánea”, *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 20, Universidad Católica de Chile, Santiago, p. 441.

parte, introduciendo la fórmula de revisión de leyes ya controladas mediante decisión pretoriana del propio Consejo Constitucional y, por otra, incorporando el método de la cuestión prioritaria de constitucionalidad¹⁷.

Sexta tesis: más vale la pena curar que prevenir o el equilibrio antidemocrático y antiautocrático

El inconveniente esencial al que reconducen estas críticas es la politización del TC y al incremento de la fórmula del gobierno de los jueces. Aquí no hay equiparación posible con la medicina preventiva versus la medicina curativa. La prevención sanitaria puede arrastrar al médico al centro de la controversia sobre su arte o ciencia. Como dice Pérez Royo, “a pesar de las ventajas que aparentemente ofrece el principio de más vale prevenir que curar, es precisamente por esto: por la imposibilidad casi absoluta en la práctica de que un TC no acabe cayendo en la tentación de invadir la esfera del legislador, trastocando el equilibrio entre los poderes del Estado diseñado por el constituyente. Frente a una ley ya vigente la prudencia del TC tiene que ser forzosamente muy superior a la que necesita para enjuiciar un proyecto que todavía tiene que entrar en vigor. Asimismo, la tentación de corregir al legislador es más fácilmente resistible en un caso que en otro”¹⁸. Al igual que en materia de libertad de expresión resulta de mejor modo compatible con el proceso democrático curar que prevenir.

La idea de curar más que prevenir no es algo que debamos lamentar como fruto de los resultados. A veces es el mejor modo para defender derechos. Por ejemplo, hoy es esencial en libertad de expresión, por más que se alienten los límites previos a determinados discursos, lo cierto es que es mejor para todos, para la veracidad, para el diálogo y para la democracia; que sancionemos las ulteriores consecuencias y evitemos toda prevención sancionadora que denominamos censura. Ahí también vale más la pena curar que prevenir.

A eso le debemos agregar que el control preventivo obligatorio no da garantías de perfecta imparcialidad; no tiene legislación de respaldo que permita analizar la constitucionalidad de otras normas ligadas a un asunto principal, como sucede en el caso de los invitados a este Seminario. En Alemania existe porque el artículo 78 de la Ley Orgánica del TC que le permite expresamente esa extensión. En España, también se produce por “conexión o consecuencia” (artículo 39 de la LOTC).

¹⁷ Artículo 61-1 de la Constitución de Francia que innovó en su modelo de control de constitucionalidad a través de la ley constitucional N° 2008-724 de 23 de julio de 2008.

¹⁸ La experiencia española del Recurso Previo de Inconstitucionalidad no ha hecho sino confirmarlo. PÉREZ ROYO, JAVIER (1986) «Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 17, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 158.

En definitiva, no es extraño que se sostenga un cierto réquiem del control preventivo en Chile desde hace diez años atrás¹⁹.

III. Reflexiones finales

Terminando estas palabras, y volviendo al origen, en el texto de 1928 en dónde Kelsen explica la garantía jurisdiccional de la Constitución, nos recuerda que el modelo a aplicar es una “gran antítesis de la democracia y de la autocracia”. Desde siempre esa síntesis debe ser la dominante. Es contrademocrático por el método y es contraautocrático por los derechos. Debemos ser deferentes al legislador porque el ejercicio de la supremacía constitucional no implica que estemos sobre todos los poderes, sino que se funda en una distribución de funciones dentro de la cual el TC ejerce, como diría Andreas Voskhüle, Presidente del TCFA alemán, una “supremacía de legitimidad” dada por la misma Constitución que delimita todos los poderes.

En tal sentido, el dilema no parece ser cómo obtener resultados jurisprudenciales más deferentes con el legislador sino cómo lograr los dos propósitos sugeridos por Kelsen. No sólo ser antidemocrático sino que también anti-autocrático. No basta con respetar al legislador, sino que profundizar el mecanismo de supremacía constitucional, garantizando los derechos fundamentales. Y en ello nos jugaremos nuestro prestigio.

¹⁹ VERDUGO RAMÍREZ, SERGIO (2010), “Control preventivo obligatorio: auge y caída de la toma de razón al legislador”, *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, p. 209.

4. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO INSTANCIA DE CONTROL DEL LEGISLADOR

Marisol Peña Torres¹

I. Introducción

La relación entre el legislador y las jurisdicciones constitucionales tiene que ver, al menos, con tres factores:

1. Con la concepción misma de democracia, en la medida que supone que un cuerpo de personas, no originadas en la elección popular, controla la acción de los representantes del pueblo que sí encuentra la fuente de su mandato en dicha elección.
2. Con la idea del poder limitado por el derecho que se encuentra en el corazón de la noción de Estado de Derecho y conforme a la cual los detentadores del poder –entre los que se encuentran los legisladores– quedan sometidos al orden jurídico que la misma sociedad se ha dado.
3. Con el principio de separación de poderes o, más bien, de las funciones del Estado que exige que cada una de ellas esté radicada en órganos separados e independientes entre sí a fin de que el poder no se monopolice en perjuicio de la libertad. Como se sabe, el aporte de El Federalista permitió matizar la concepción primigenia de la separación de poderes para reconducirla a un sistema en que las funciones del Estado se fiscalizan recíprocamente para lograr que ninguna de ellas sobrepase su ámbito propio en perjuicio también del adecuado despliegue de las restantes.

El nacimiento del sistema de la *judicial review*, en 1803, con la célebre sentencia *Marbury vs. Madison*, abrió uno de los debates más importantes en el constitucionalismo de los siglos XIX y XX. En efecto, supuso poner atención en el enorme poder que habían adquirido los jueces para inaplicar, en un caso concreto, una ley vigente que, a los ojos del juzgador, apareciera como contraria a la Constitución. Como precisa Tushnet, el poder reconocido por los jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos respecto del control de la legislación, en los casos concretos sometidos a su

¹ Profesora Titular de Derecho Constitucional. Ex presidente del Tribunal Constitucional de Chile.

conocimiento, implicaba que “[L]a sentencia de un Tribunal Constitucional de que la legislación es inconstitucional prevalece a menos que la Constitución sea enmendada”².

En Francia, por su parte, el desarrollo de la *judicial review* norteamericana despertó profundas sospechas acerca de una especie de compuerta hacia el gobierno de los jueces que invalidaba la legislación apoyada por las mayorías. Al mismo tiempo, se atribuyó a la *judicial review* el hacer pasar por derecho decisiones que, en el fondo, tenían naturaleza política.

Y no es de extrañar este pensamiento francés profundamente contrario a la revisión de la legislación por parte de los jueces, si se piensa que Francia había sido la cuna de la idea de que “los jueces eran sólo la boca que pronunciaba las palabras de la ley”, tal y como había proclamado Montesquieu. A ello se unía la herencia del pensamiento rousseauiano conforme al cual la expresión de la voluntad general, soberana e infalible se asociaba a la voluntad de la mayoría.

De allí que Hans Kelsen, un siglo después del fallo *Marbury vs. Madison*, trató de conciliar la importancia de respetar la decisión de la mayoría democrática con el imperativo de que la supremacía de la Constitución fuese una realidad. Ello suponía, naturalmente, aceptar que el legislador no era infalible como había postulado el modelo francés y que, a través de su actividad, también podía vulnerar el compromiso esencial plasmado en la Carta Fundamental.

Por lo tanto, uno de los grandes méritos de Kelsen fue develar el hecho de que, si se quería asegurar realmente la supremacía constitucional, no era suficiente garantía la existencia de un control político radicado en el mismo Parlamento. En sus propias palabras, si “se continúa afirmando la incompatibilidad de la justicia constitucional con la soberanía del legislador, es simplemente para disimular el deseo del poder político, expresado en el órgano legislativo, de no dejarse limitar (...) por las normas de la Constitución”³.

Pero, como aun subsistía el argumento de que la jurisdicción constitucional que propugnaba podía afectar el principio de separación de los poderes, al permitir la anulación de un acto legislativo por un órgano distinto al legislativo, Kelsen recuerda que uno de los presupuestos del aludido principio es la necesidad de garantizar la regularidad en el funcionamiento de los órganos del Estado. En ese contexto, entonces, la justicia constitucional no está en contradicción con dicho principio, sino que es una afirmación del mismo en la medida que se inserta dentro del sistema de controles recíprocos que debe existir entre los aludidos órganos.

Los postulados de Kelsen sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución sirvieron de base para la difusión, en Europa, del modelo de jurisdicciones constitucionales concentradas, radicadas en un tribunal o corte constitucional, que incluyeron el control de la legislación.

² TUSHNET, MARK (2013). *Constitucionalismo y Judicial Review*. Editorial Palestra, Lima, p. 8.

³ KELSEN, HANS (2008). *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. En: *Revista Iberoamericana de Derecho procesal Constitucional*, N° 10, p. 24.

II. Modelos de control de constitucionalidad y democracia

Contemporáneamente, cierta doctrina ha distinguido entre modelos de control de constitucionalidad fuertes o débiles siendo estos últimos los que están proveyendo de una nueva solución a las dificultades que siempre entraña el control de la obra del legislador. Es así como el control “deferencial” suele ser identificado como una forma de *judicial review* en la que una corte constitucional interpreta que la Constitución impone unos límites flexibles a la discreción legislativa.

Pero lo que, a nuestro juicio, ha vuelto a poner de relieve la existencia de esta pugna entre la jurisdicción constitucional y el legislador son los enfoques deliberativos que, a partir de Habermas, sólo reconocen legitimidad democrática a aquellos acuerdos que se gestan en contextos deliberativos enmarcados en el principio de igualdad. En esta línea, Waldron⁴ considera que los Parlamentos democráticos, razonablemente bien estructurados, son las sedes adecuadas para el debate de los derechos y que no necesitamos a los tribunales para mejorar la práctica deliberativa que se sostiene en su interior.

Pero, incluso para quienes siguen siendo partidarios de la *judicial review* de la legislación, la actividad de los jueces se enfrenta a la dificultad de plasmar la idea de una “Constitución viviente”, como sostiene Ackerman⁵, de forma tal que el diálogo entre generaciones impulse una aplicación de la Constitución que sea capaz de regir los nuevos procesos sociales que no pudieron ser previstos por sus fundadores. Es así como quienes postulan la tesis del constitucionalismo democrático llaman a los jueces a considerar que la autoridad de la Constitución va a depender tanto de su receptividad democrática como de su legitimidad en cuanto derecho⁶.

Es en este escenario que se está desarrollando la labor de los tribunales o cortes constitucionales de nuestros días, lo que me lleva a plantear, ahora, algunas reflexiones acerca de cómo la pugna entre el legislador democrático y el Tribunal Constitucional nos ha marcado, en el Chile de las últimas décadas.

Bastaría, para ello, recordar aquí la polémica que despertó el primer pronunciamiento de esta Magistratura que declaró inaplicable, para un caso concreto, un precepto contenido en la denominada “Ley Emilia” que había pretendido endurecer la tipificación de conductas y sus respectivas sanciones, relacionadas con infracciones a la Ley del Tránsito, en el caso de quienes conducían en estado de ebriedad causando la muerte de una persona⁷. Aunque se trataba de una decisión aplicable a un caso particular, varios legisladores –y también algunos sectores de la sociedad civil–, vieron en este pronunciamiento una suerte de “perdonazo constitucional” para quienes cometían estas graves conductas que ya habían causado la muerte de una pequeña niña –de nombre Emilia–,

⁴ WALDRON, JEREMY (2005). *Derecho y desacuerdos*. Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

⁵ ACKERMAN, BRUCE (2011). *La Constitución viviente*. Editorial Marcial Pons, Madrid.

⁶ POST, ROBERT Y SIEGEL, REVA (2014). La premisa del constitucionalismo democrático. Editora Jurídica Grisley, p. 21.

⁷ STC Rol N° 2983, de 13 de diciembre de 2016.

situación frente a la que el legislador había reaccionado precisamente endureciendo las conductas y las penas previstas en la Ley del Tránsito.

Pese a que la sentencia estimatoria del Tribunal se basó en argumentos relativos a la falta de proporcionalidad y a la finalidad de reinserción social que caracterizaban la pena privativa de libertad impuesta en este caso, esto es, en principios claramente sustentados en la Constitución, no faltaron quienes reclamaron que la determinación de la política criminal es de resorte exclusivo del legislador sin que corresponda admitir la intromisión del juez constitucional.

Sin perjuicio del ejemplo citado, en nuestro país, ha sido frecuente escuchar, en los últimos años, que el Tribunal Constitucional es una expresión “contramayoritaria” que se opone a la vigencia plena de un régimen democrático, manifestándose como una verdadera “tercera Cámara” del Congreso Nacional. Autores como Francisco Zúñiga y Fernando Atria han sido partidarios de esta tesis que rememora la clásica obra de Alexander Bickel, del año 1962⁸.

En el año 2015, en la sentencia recaída en el Rol N° 2777, tuvimos la oportunidad de responder a este cuestionamiento que había rodeado el debate del Proyecto de Ley que sustituía el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional y que, entre otras novedades, contemplaba la inclusión de cuotas de género en las candidaturas a los cargos parlamentarios.

En esa oportunidad, en nuestro voto previniente, nos preguntamos si: ¿Es infalible el legislador por el solo hecho de representar la voluntad de la ciudadanía? ¿O es que el legislador representa y traduce siempre esa voluntad en forma acorde con el pacto social plasmado en la Carta Fundamental?⁹

Para responder esas interrogantes planteamos una serie de criterios que procuraban armonizar la obra legislativa, como expresión de la soberanía popular en nuestras democracias, con un sistema de justicia constitucional que, en su versión concentrada, aparece como la expresión contemporánea de la idea de “gobierno limitado”, en beneficio ya no sólo de la libertad sino que de las distintas manifestaciones del valor de la dignidad humana en la era del “constitucionalismo de los derechos”. Hoy pretendo recordar esos criterios que, por lo demás, expresan líneas importantes de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional restando mérito a las críticas aludidas en un comienzo.

III. Criterios de armonización entre justicia constitucional y función legislativa

El primero de esos criterios tiene que ver con **la presunción de constitucionalidad de la ley** cuyo alcance fue explicitado en la sentencia Rol N° 309, en la que esta Magistratura sostuvo que “(...) cualquiera que sea la denominación, lo fundamental de este principio consiste en que se presumen

⁸ BICKEL, A.M. (1962). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis.: Bobbs-Merrill.

⁹ STC Rol N° 2777. Considerando 10° de la prevención de la Ministra Marisol Peña Torres.

válidas y legítimas las normas aprobadas por los Poderes del Estado y que sólo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción que la pugna entre la norma en análisis y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella. Este principio tiene muchos fundamentos, pero, por ahora, cabe solo señalar dos: la separación de Poderes y el recíproco respeto que los distintos órganos del Estado se deben entre sí y, tratándose de leyes, lo difícil que resulta reemplazar la norma expulsada del ordenamiento jurídico por la declaración de inconstitucionalidad, por las complejidades propias del proceso de formación de la ley”¹⁰.

Así, este primer criterio lleva a considerar que el legislador no ha tenido la intención deliberada de infringir la Constitución, lo que, perfectamente, podría dar lugar a una sentencia interpretativa que no expulsara derechamente la norma legal del ordenamiento jurídico.

El segundo criterio alude a **la deferencia razonada que merece la obra legislativa**, precisamente, por provenir de los representantes de la soberanía popular y porque constituye una forma concreta de tutelar una adecuada separación de las funciones del Estado, aunque con frenos y contrapesos. Tal deferencia –y cito al profesor Patricio Zapata– ha sido conceptualizada como aquel principio que “consiste en reconocer al órgano responsable de la producción de efectos jurídicos la potestad de buscar de manera flexible las fórmulas normativas que, ajustadas a la Carta Fundamental, le parezcan necesarias o convenientes para la mejor consecución del Bien Común”¹¹.

Ya habíamos adelantado que el control “deferencial” es reconocido como una forma de *judicial review* en un sentido débil que tiende a hacer compatible, a juicio de la doctrina, la obra del legislador con la existencia del control jurisdiccional de la legislación.

En sus sentencias roles 616 y 664, este Tribunal había precisado, por su parte que, “el Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar porque la ley, o más bien su aplicación a un caso concreto, efectivamente no vulnere los límites constitucionales, lo que significa, a la vez, la garantía de cierta esfera de autonomía del legislador, que comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito, conveniencia y oportunidad que lo llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa orgánica”. Agregó que “sólo cuando el Congreso Nacional excede su ámbito de atribuciones, infringiendo los márgenes contemplados en el texto, principios o valores esenciales de la Carta Fundamental, o violenta el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste haya incurrido”.

En sus estudios de Derecho Comparado, Sabrina Ragone ha planteado que las cortes europeas han sido deferentes hacia los legisladores nacionales a la hora de proteger los vínculos formados por

¹⁰ STC Rol 2777, considerando 12° de la prevención de la Ministra Marisol Peña Torres.

¹¹ ZAPATA, PATRICIO (2002). *La jurisprudencia del TC. Parte General*. Editorial Biblioteca Americana, Santiago, p. 70.

parejas del mismo sexo. Así lo ha demostrado, por ejemplo, en el caso de la sentencia 198/2012, del Tribunal Constitucional español que utiliza, entre sus argumentos, el margen de maniobra del legislador¹².

Coincidentemente, la sentencia de nuestro Tribunal, recaída en el Rol 1881, de 3 de noviembre de 2011, sostuvo que “los efectos y la regulación de las proyecciones del matrimonio son propios de la reserva legal y no constitucional”¹³, dejando al legislador la decisión de modificar la norma contenida en el artículo 102 del Código Civil y que define al matrimonio como un contrato solemne “entre un hombre y una mujer”.

El tercer criterio jurisprudencial se refiere a **la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma sólo si ninguna interpretación posible permite ajustarla a la Constitución**, y que es un corolario del segundo criterio explicado. Este criterio fue reconocido expresamente en sentencia Rol N° 2433 cuando, citando al Tribunal Constitucional alemán, se recordó que “una ley no debe ser declarada nula si puede ser interpretada en consonancia con la Constitución”¹⁴.

Finalmente, el cuarto criterio que recordábamos en nuestro voto en la sentencia Rol N° 2777, consiste en sostener que **la decisión de declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal no debe acarrear efectos aún más nocivos que los que produce la supervivencia del mismo**. Así se afirmó por esta Magistratura, en una de las primeras sentencias de inconstitucionalidad abstracta, roles N°s 558 y 590 (acumulados) cuando sostuvo que “el ordenamiento constitucional es un sistema normativo que regula poderes públicos, reconoce y ampara derechos subjetivos y fundamentales, en fin, la cohesión y equilibrio político y social. La exclusión de una norma legal es consecuencia de la ruptura de ese ordenamiento, para restablecerlo en plenitud. Dicha finalidad no se logra si la expulsión del precepto legal puede acarrear efectos aun más nocivos que los que produce su supervivencia. Una decisión de tal envergadura requiere, pues, la ponderación de su conveniencia para el orden constitucional que esta Magistratura debe cautelar”¹⁵.

La consecuencia negativa de la expulsión del precepto legal se ve agravada cuando el legislador no cubre prontamente el vacío que ha producido la desaparición del precepto cuestionado.

Concluyendo, podemos decir que es posible una convivencia civilizada y racional entre el legislativo y la jurisdicción constitucional, en la medida que ésta aplique el *self restraint* conforme a criterios como los explicados intentando delimitar cuidadosamente las cuestiones que son de legalidad de aquellas que son propiamente de constitucionalidad.

¹² RAGONE, SABRINA (2018). *Desafíos de la Función Judicial. Un acercamiento desde el Derecho Público Comparado*. Ediciones Olejnik, Santiago.

¹³ Considerando 7°.

¹⁴ Considerando 23°.

¹⁵ Considerando 19°.

Cabe reconocer, sin embargo, que la propia evolución de los derechos fundamentales y del amparo que respecto de ellos ejercen las jurisdicciones constitucionales han abierto nuevos y complejos problemas de convivencia como ocurre con el progresivo reconocimiento constitucional de los derechos sociales, tan ligados al desarrollo de las políticas públicas, donde las cortes constitucionales han sido crecientemente llamadas a intervenir. Pero eso será tema de otro día de análisis.

5. LAS RELACIONES ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL LEGISLADOR DEMOCRÁTICO EN LOS TIEMPOS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

Patricio Zapata Larraín¹

I. Introducción

En el año 2020, se cumplen 100 años desde la creación, en Austria y la entonces Checoslovaquia, de los primeros Tribunales Constitucionales². Se cumplen, también, 50 años desde que se instala el Tribunal Constitucional chileno. Doble efeméride. Doble motivo para reflexionar sobre el presente y el futuro de la justicia constitucional.

Con estas referencias históricas a la vista, y teniendo especialmente presente la realidad chilena, este artículo intenta analizar las relaciones que existen, y las que debieran existir, entre los Tribunales Constitucionales y el legislador democrático³. Me ha parecido indispensable, en todo caso, situar ese análisis en el contexto del fenómeno de la constitucionalización del Derecho.

En una primera parte analizaré, precisamente, qué entiendo por Constitucionalización del Derecho e identificaré algunas de sus consecuencias. En la sección segunda, distingo entre Constitucionalización sana y Constitucionalización patológica. En el acápite tercero, analizo la forma en que la Constitucionalización del Derecho aterrizó en Chile, con especial referencia al papel jugado por el Tribunal Constitucional. La sección cuarta, y final, examina cual debiera ser, en mi opinión, la relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador democrático, siempre pensando en una Constitucionalización sana.

¹ Profesor de Derecho Constitucional; Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Magister en Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Master en Derecho (LIM) de la Universidad de Harvard.

² *Nota del editor*: la introducción al presente trabajo fue elaborada en el año 2020, con posterioridad al Seminario objeto de la publicación.

³ Agradezco, nuevamente, a las autoridades de dicha alta Corte por haberme invitado a exponer al evento en el cual se inserta el presente trabajo.

II. Precisiones conceptuales

1. Constitucionalización

Quiero comenzar recordando algo obvio: la legislación, el derecho positivo en general, es cronológicamente, muy anterior a las Constituciones.

El código de Hammurabi, la primera ley escrita de la que conservamos un registro fidedigno, data del año 1750 A.C.⁴ Se discute en qué momento fue escriturada la ley mosaica, contenida en la Torá, pero muchos piensan que pudo ser en el siglo VII A.C. Sabemos que ya hacía el 600 A.C. muchas ciudades griegas tenían leyes sobre los que hoy llamamos asuntos penales y civiles⁵. La famosa Ley romana de las XII Tablas, por su parte, habría sido expuesta públicamente en el Foro allá por el 451 A.C.; primero en tablonces de madera y luego en planchas de bronce⁶. Las leyes de Manu en la India, por su parte, son, probablemente, del siglo tercero A.C.

Las Constituciones, por su parte, son un fenómeno muchísimo más reciente⁷. En efecto, la idea de reunir en un único documento, dotado de cierta rigidez, las principales determinaciones sobre las potestades públicas y los derechos de las personas es hija de la ilustración y la modernidad. Por lo tanto, y sin perjuicio de la especial realidad de la Constitución Británica, cuya gestación arranca de fines del siglo 17; la verdad es que sólo cabe hablar de Constitución, propiamente tal, a partir de 1787⁸.

Ahora bien, hubo un tiempo largo en que las recién llegadas Constituciones y los más viejos sistemas legales de los países respectivos vivían en lo que podríamos llamar universos *normativos* paralelos. Y si las Constituciones, según el caso, intentaban limitar la acción del Estado desde criterios liberales o buscaban orientarla desde imperativos sociales; el Derecho seguía, mientras

⁴ LARA PEINADO, FEDERICO: “*El Código de Hammurabi*”, Clásicos del Pensamiento, Tecnos, Madrid, 2008, 496 pp. Conviene señalar que el Código, con su total de 282 normas escritas en cuneiforme acadio, fue grabado en una piedra de grandes dimensiones (2,25 metros de altura por 50 cm de ancho) y se conserva en el Museo del Louvre, París.

⁵ Consúltense en de ROMILLY, JACQUELINE: “*La ley en la Grecia Clásica*”, Deseo de Ley, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2004, 179 pp. Entre los legisladores griegos célebres cabe recordar a Licurgo (Esparta) y a Dracón, Solón y Clístenes (Atenas).

⁶ Sobre la Ley de las XII Tablas véase “Ley de las XII tablas”, estudio preliminar, traducción y observaciones de CÉSAR RASCÓN GARCÍA y JOSÉ MARÍA GARCÍA GONZÁLEZ, Clásicos del Pensamiento, Tecnos, Madrid, 4ª Edición, 2011, 100 pp.

⁷ Aun cuando se habla de las “Constituciones” de la Grecia antigua, la verdad es que, en esos casos, se está empleando la palabra “Constitución” para describir al conjunto de características sociales, económicas, políticas e incluso geográficas que singularizan a una determinada Polis. Ese uso no tiene nada que ver con lo que hoy, y desde hace un par de siglos, entendemos por “Constitución”.

⁸ Me siento en el deber de recordar, sin embargo, y como autentica precursora, a la Constitución de Corsega de 1755. Este texto legal, fruto del impulso del ilustrado patriota corso Paoli fijó el marco institucional de la fúguz republica corsa (1755-1769).

tanto, desarrollando, por su cuenta, las que se consideran las mejores maneras de coordinar las relaciones y resolver los conflictos entre particulares.

Nótese que hemos indicado que Constituciones y sistemas legales (el derecho positivo de cada país) vivían en universos *normativos* paralelos. No se nos ocurriría negar el hecho que tanto las Constituciones como las leyes han coexistido siempre en un universo político común y que, por lo mismo, están influidas por unas mismas corrientes sociales y culturales. Es indudable, por tanto, que siempre podrán observarse afinidades o paralelismos entre lo que ocurre a nivel de las Cartas Fundamentales y lo que pasa en el plano del Derecho en general.

Es evidente, entonces, que existe una relación importante entre, por ejemplo, los valores de las Constituciones francesas de 1792 y 1793 y los principios que inspiran al *Code Civil* galo de 1804. Del mismo modo, y mirando nuestra propia historia, también tendríamos que reconocer la innegable afinidad entre el espíritu de la Constitución chilena de 1925 y la orientación de los Códigos del Trabajo y Sanitario de 1931. Lo mismo ocurre, por supuesto, al comparar la Constitución chilena de 1980, en su versión original, y los principios que informan, por ejemplo, la legislación laboral de 1978 y 1979 (Decretos Leyes Nos 2.200, 2756 y 2758), previsional de 1980 (Decreto Ley N° 3.500) o sobre ISAPRE de 1981 (DFLN° 3).

Ahora bien, una cosa es que las Constituciones y las leyes de un mismo momento histórico, como una cuestión fáctica, van a responder, muy probablemente, a una misma visión y otra, bastante distinta, es que existan fórmulas institucionales, y formas de pensar, que aseguren que las aspiraciones normativas de la Constitución gobiernen, realmente, y más o menos directamente, los contenidos del Derecho en su conjunto⁹.

El primer fenómeno, la esperable convergencia entre los mandatos de la Constitución y los contenidos de las leyes contemporáneas al ejercicio constituyente, es un dato a ser estudiado, y explicado, por la sociología y la ciencia política. Otra cosa, distinta, es que surja una teoría hegemónica, y una práctica institucionalizada, que le reconozca a las Constituciones la función de permear con sus contenidos, y hasta “gobernar” con ellos, al conjunto del Derecho legislado. En este segundo escenario nos encontramos ante la **Constitucionalización del Derecho**.

La Constitucionalización del Derecho ha sido definida por Guastini, siguiendo a Favoreau, como un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual éste resulta totalmente

⁹ Agreguemos, de paso, que el hecho de existir este aire de familia entre normas constitucionales y legales dictadas en una misma época y por un mismo sujeto político, no autoriza a interpretar el sentido de los preceptos constitucionales sobre una materia desde, o a partir, de la forma en que las leyes desarrollan la regulación de dicha materia. En orden a respetar la razón de ser de las Constituciones, el ejercicio es al revés. Las leyes deben ser leídas desde la Constitución.

“impregnado” de normas constitucionales¹⁰. La Constitución baja, así, de las alturas de las declaraciones de Derechos y la organización de las magistraturas, e irradia a todas las áreas de la legislación.

Si durante 150 años aproximadamente las Constituciones y las leyes estuvieron de espaldas unas con las otras, mirando problemas distintos (las primeras concentradas en las leyes de presupuesto, el *impeachment* o las facultades presidenciales de excepción y las segundas abocadas a los contratos, la responsabilidad, las sociedades, la propiedad y los delitos), la Constitucionalización se desata cuando la Constitución se da vuelta y fija su atención, con mirada inquisitiva, en los problemas clásicos del Derecho. No se trata, por supuesto, solamente de querer examinar. Las Constituciones van a querer, y poder, enjuiciar y sancionar.

Si, comparadas con el Derecho, las Constituciones son, en efecto, realidad nueva; la Constitucionalización del Derecho es evolución novísima. En este punto, conviene distinguir Constitucionalización de judicial review. Se trata de cuestiones conectadas, pero distintas. El *judicial review* entendido como el reconocimiento a jueces, u órganos especializados de contextura judicial, del poder de inaplicar, invalidar o preterir las leyes en razón de una contradicción con la Constitución, bien podría ser considerado como una **condición** o **catalizador** de la Constitucionalización; pero, hablando con rigor, no se confunde con esta. De hecho, mientras el *judicial review* tiene 215 años en los Estados Unidos y 100 años en Europa, la Constitucionalización del Derecho recién despega hace 60 años.

La Constitucionalización del Derecho se explica por muchas razones.

En primer lugar, habría que destacar el hecho que muchas de las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial hayan desplegado un lenguaje amplio que abre la puerta para que se supere la idea hasta entonces dominante de que la práctica de los derechos fundamentales debía circunscribirse exclusivamente al terreno de las relaciones entre la persona y el Estado (ya sea que hablemos de los reclamos liberales contra la interferencia estatal o de los reclamos socialdemócratas a favor de la prestación estatal).

Armadas con ese lenguaje generoso y garantista, estas Constituciones y sus intérpretes deben hacerse cargo de uno de problemas más decisivos, y polémicos, del constitucionalismo contemporáneo: ¿cuál ha de ser la reacción del orden constitucional frente a aquellas situaciones en que la acción de un particular parece amagar los intereses vitales de otro particular? ¿Debe entenderse que, en esos casos, ha existido violación de un derecho fundamental y, por lo mismo, procede echar mano directamente a la “artillería pesada” de las garantías de la Carta Fundamental?¹¹ ¿O, más

¹⁰ GUASTINI, RICCARDO: “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición (Madrid, Trotta-UNAM), 2009, p. 49.

¹¹ La expresión “artillería pesada” de los derechos fundamentales en VON MUNCH, IGO: “*Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania*” en Coderch, Munch y Ferrer (editores): “Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada”, Civitas, Madrid, p. 33.

bien, habría que reservar las respuestas constitucionales para aquellos casos en que los intereses vitales de la persona son amagados por la acción del Estado; confiando en que los conflictos entre particulares se resuelven siempre mejor con arreglo a las fórmulas especializadas de los derechos privado o penal, según el caso?

Se trata, en suma, de determinar si los derechos fundamentales irradian hacia el conjunto total de las relaciones sociales, incluyendo las relaciones privadas, lo que los alemanes llaman *Drittwirkung* o “efecto horizontal”; o si, más bien, tales derechos fundamentales son espacios de libertad que habilitan al ciudadano para defenderse específicamente de los abusos del Poder Soberano o para exigir del mismo la satisfacción de lo que Forsthoff llama la “procura existencial”¹².

La verdad es que, en términos generales, la disyuntiva planteada se resolvió, hace ya bastante tiempo, y para la abrumadora mayoría de los sistemas constitucionales, en favor de la tesis del efecto horizontal de los derechos. Esta definición básica sienta las bases teóricas para que la Constitucionalización no solo irradie hacia la legislación de derecho público (administrativo, penal, laboral, etc.), sino que también impacte en la legislación de derecho privado (civil y comercial).

Si más arriba hablábamos de una Constitucionalización que cumple recién 60 años, es porque estamos considerando como certificado de bautismo de dicho fenómeno una sentencia de 1958 del Tribunal Constitucional Alemán (Caso Luth)¹³. Fue en dicho fallo, en efecto, que, por vez primera, dicha Corte afirma que los valores y derechos reconocidos en la Ley Básica de 1949 tienen un efecto de irradiación sobre el conjunto del ordenamiento jurídico, reivindicando, de paso, su competencia para verificar si, al momento de fallar sobre causas de toda naturaleza, los jueces respectivos han tomado en cuenta suficientemente, o no, los mandatos de dicha Ley Básica.

La referencia al caso “Luth” permite identificar, de paso, un segundo factor decisivo para efectos del desarrollo de la Constitucionalización del Derecho: nos referimos, por supuesto, al papel que vienen jugando en las últimas décadas los Tribunales y Cortes Constitucionales del mundo.

Probablemente el Tribunal Constitucional que más ha contribuido al desarrollo de esta Constitucionalización es, precisamente, el germano. Sus sentencias han ido teniendo un impacto decisivo en la configuración del derecho administrativo, la legislación sobre propiedad, el derecho laboral, el derecho a la honra y el derecho de familia.

Aunque quizás menos conocido que su equivalente germano, el Consejo Constitucional francés, el *Conseil*, también ha venido jugando, en este caso desde principios de los años setenta del siglo pasado un papel importante en la progresiva Constitucionalización del derecho galo. En este caso, el fallo precursor es “Libertad de Asociación” del 16 de Julio de 1971. Allí, el *Conseil*

¹² FORSTHOFF, ERNST: “Estado de Derecho en mutación. Trabajos Constitucionales 1954-1973”, Tecnos, Madrid, 2015, especialmente en pp. 387-436.

¹³ BVerfGE 7, 198.

concluyó que un proyecto de ley que establecía un procedimiento de acuerdo al cual la adquisición de la personalidad jurídica de las asociaciones queda subordinada a la intervención previa de la autoridad judicial, vulnera el principio de la libertad de asociación (las asociaciones deben poder crearse libremente y adquieren personería por el sólo hecho de registrar una declaración preliminar ante la autoridad competente). Este fallo inaugura una serie de fallos que enjuiciará leyes de muy distintas áreas. Tal como se analiza más abajo, el efecto neto de esta jurisprudencia será lo que la doctrina llamará, ya hacia 1980, como una “constitucionalización del Derecho”. Importante en esta reflexión fue el profesor y Decano Louis Favoreau.

Como se ha visto, la Constitucionalización se despliega en la República Federal Alemana desde 1958 y en Francia desde 1971. En el caso de España, el hito decisivo está dado por la instalación del primer Tribunal Constitucional hispano en Julio de 1980. En el curso de los años siguientes, dicho Tribunal Constitucional aplicará la Carta Fundamental de 1978 para someter a escrutinio la nutrida herencia legislativa de los 40 años de dictadura franquista. El resultado de esta jurisprudencia no es otro que una fuerte constitucionalización del derecho hispano.

El fenómeno que estamos describiendo alcanza, incluso, a países de la tradición del *common law*. En el caso de Canadá, y hasta principios de la década de los 80 del siglo pasado, y salvo una excepción, su Corte Suprema había evitado enjuiciar la constitucionalidad de las leyes estatales o federales¹⁴. Se entendía que el Bill of Rights de 1960 no era otra cosa que un estatuto legal más. La aprobación, en 1982, de la “Carta canadiense de los Derechos y Libertades” inaugurará un tiempo nuevo. Desde entonces, Corte Suprema del país del norte ejerce un activo rol constitucionalizador de la legislación canadiense¹⁵.

¹⁴ La excepción anotada la constituye el fallo “*R v Drybones*”, de 1970. En esta sentencia, la Corte Suprema de Canadá, por 6 votos a 3, declara que el *Bill of Rights* de 1960 sí facultaba a las cortes para declarar la invalidez de los actos legislativos contrarios. Sobre la base de esa afirmación, la Corte reprochó la sección 94 (b) de la ley Indígena. Al año siguiente, el Parlamento canadiense procedió a derogar dicha sección 94.

¹⁵ Cabría señalar que la Constitucionalización de que hablamos nunca alcanzó a desplegarse con fuerza en los Estados Unidos de Norteamérica. La verdad es que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha seguido respetando el criterio tradicional según el cual los derechos que reconoce la Constitución de 1787 solo aplican u obligan cuando estamos en presencia de una acción estatal (*state action*) que podría estar lesionándolos. No obstante, desde “*Shelley v. Kraemer*”, 1948, el máximo tribunal norteamericano está dispuesto a extender la cobertura constitucional cuando existe una intervención estatal indirecta.

2. No existe una única constitucionalización

Vivimos, entonces, en efecto, en los tiempos de la constitucionalización del Derecho. Todas las áreas del ordenamiento jurídico, y todos sus operadores, sin excepción alguna, deben alinearse, en la mayor medida posible, con los valores, principios y reglas de la Carta Fundamental. Es, por lo mismo, un tiempo preñado de posibilidades valiosas para derechos y libertades. Es también, sin embargo, un tiempo que arriesga la “vulgarización” que podría resultar de un aluvión constitucionalizador que, sin cauce ni medida, inunde y ahogue los cientos y miles de soluciones especializadas de las distintas ramas del Derecho.

¿Cómo lograr que el Derecho se constitucionalice (objetivo valioso) sin llegar al extremo inconveniente de transformar a la Constitución Política, y al derecho constitucional, en una normatividad todopoderosa y autosuficiente que todo lo abarca y todo lo resuelve? ¿Cómo pensar un influjo o impacto de la Constitución sobre el Derecho que no tenga efectos destructores sobre las reglas distintivas y especializadas de las distintas áreas del ordenamiento jurídico nacional? ¿Cómo propender, en fin, a una Constitucionalización sana y evitar una Constitucionalización patológica?

Hemos recordado que la Constitucionalización del Derecho supone alinear al conjunto del derecho legislado con las definiciones centrales de la Carta Fundamental. Para que ello ocurra es indispensable que existan mecanismos eficaces que permitan la interlocución entre Constitución y leyes.

Tenemos entonces, por un lado, una Constitución que aspira a irradiar sus valores y principios hacia el vasto campo del Derecho en su conjunto. Una Constitución que contiene elementos vitales con los cuales quiere nutrir al universo de las leyes. Más abajo en la pirámide normativa nos encontramos con miles de leyes, de las más distintas épocas, materias y orientaciones. Algunas de esas leyes o muchas de esas leyes pueden estar en falta o contradicción en relación a los valores de la Carta Fundamental. ¿De qué manera “baja” la Constitución hasta la ley? ¿Cómo se hace para que, idealmente, la Constitución pueda “impregnar” a todas las leyes?

En orden a graficar los términos del problema esbozado me voy a permitir el uso de una metáfora. Como tengo claro que el empleo de estas figuras del habla arriesga incurrir en simplificaciones, dejo establecido que las imágenes a las que recurro no pretenden sustituir la reflexión razonada, sino que se ofrecen como complemento.

Hecha la prevención anterior, quisiera analogar el proceso constitucionalizador con el fenómeno del riego...

Sabemos, por supuesto, que las plantas necesitan de agua para crecer sanas y fuertes. Aun cuando en algunos lugares, parte importante de la demanda de ese líquido vital puede satisfacerse con la lluvia, lo más habitual –y me temo que va a ser cada vez más habitual–, es que sea indispensable suplementar la dosis que aportan las precipitaciones, si es que aportan algo, con algún sistema de regadío que, artificialmente, lleve el agua directamente a la planta.

Imaginemos, por un momento, que en la Constitución está el agua que necesitan las leyes. Para ser sanas. Es posible, y muy deseable, que durante la discusión, aprobación y aplicación de las leyes se produzca algún tipo de lluvia, o llovizna, constitucionalizadora como efecto de las opiniones más o menos doctas que emiten los especialistas que asesoran al gobierno y al Congreso. Y también por el influjo de la doctrina constitucional. En algunos casos podrá ser suficiente con esa agua, que viene –principalmente– de las nubes universitarias, para asegurar una ley sana, constitucionalmente hablando.

La verdad, sin embargo, que al igual que ocurre con la mayoría de las tierras sembradas, respecto de las cuales no basta el agua lluvia; para asegurar razonablemente la constitucionalidad de las leyes parece no ser suficiente la contribución que pueden ejercer expertos y profesores.

La Constitucionalización, al igual que la agricultura, necesita de algún método que lleve los valores y derechos (el agua) que están en la Constitución (el río o embalse) hasta donde están las leyes (las plantas).

A ningún buen agricultor se le ocurriría, me parece, que la mejor solución al problema consiste en inundar completamente los predios o dejar caer sobre el campo sembrado una catarata o desviar un río para que, transformado en aluvión, arrase con las plantaciones. El buen agricultor sabe que a veces tener más agua no es necesariamente bueno. Sabe que la clave es que el agua llegue en el volumen y periodicidad necesaria. Ni más ni menos. Sabe, en fin, que perder agua es una estupidez. Económica y ambiental.

Pues bien, salvando todas las diferencias, me parece que una adecuada Constitucionalización es aquella que se vale de métodos eficientes, económicos en el sentido más amplio de la palabra (en el empleo del tiempo y los recursos judiciales) y respetuosos de las legítimas preferencias legislativas (y así, el agricultor de centro de derecha puede preferir cultivar paltas y el agricultor de centro izquierda puede decidirse por las frutillas, elección que cabe a ellos y no al administrador de los canales).

La Constitucionalización del Derecho Civil no puede significar, entonces, por ejemplo, que luego del paso avasallador de la Constitución, el “paisaje” ius privatista se haya vuelto irreconocible o que deban despreciarse las técnicas, distinciones y criterios de los que llevan siglos “cultivando ese campo”¹⁶.

La mejor Constitucionalización, esto es, la Constitucionalización indirecta y moderada, se vale de canales que, llevando agua a donde tienen que llevarla, tienen, en todo caso, el menor impacto posible sobre los usos alternativos del suelo. Canales con poco impacto ambiental. Canales que llevan agua a todas las plantas y en la medida que necesitan. Idealmente, supongo, la mejor Constitucionalización operaría como un sistema de riego por goteo.

¹⁶ Véase, sobre este peligro, el notable texto de Hernán Corral “Constitucionalización del Derecho Civil, neo-constitucionalismo y activismo judicial”, *Revista de Derecho Aplicado*, LLM UC, N° 2, (2018).

Esta defensa de una Constitucionalización sana, indirecta y moderada, quiere constituirse en respuesta a la argumentación de una parte de aquella tendencia contemporánea que se conoce como “neoconstitucionalismo”. Esto de las etiquetas es siempre complejo y se arriesga caer en simplificaciones, pero creo que puede afirmarse que muchos de estos neoconstitucionalistas han llevado su pasión y fervor por la supremacía de la Constitución hasta el punto de sustentar una visión que concede a los jueces constitucionales un poder sin límites, que ve a legislador democrático como un implacable y peligroso enemigo de los derechos y que asigna a la Carta Fundamental la potencialidad de resolver ella misma, directamente, todos los tipos de contiendas que puedan levantarse en la sociedad¹⁷.

La sección final del texto vuelve sobre los peligros del neoconstitucionalismo y su auspicio de una Constitucionalización a ultranza.

3. Constitucionalización en Chile

Luego de este análisis del contexto, podemos, ahora, examinar cómo, y cuándo, se produce el aterrizaje de la Constitucionalización en Chile.

Uno debiera comenzar diciendo que Chile vivió, primero, la experiencia de una **Constitucionalización frustrada**. Me refiero a la manera débil y zigzagueante con que la Corte Suprema empleó, o debiera decir desaprovechó, durante 80 años, la acción de inaplicabilidad cuyo conocimiento le concedieron tanto la Constitución de 1925 como la Carta de 1980.

Luego habría que destacar la experiencia de la **Constitucionalización tutelar**, desatada con fuerza a partir de la introducción, en 1977, de la Acción de Protección¹⁸. Sabemos que sería la propia Corte Suprema la que luego trataría de circunscribir o acotar la operatoria de esta acción cautelar. En todo caso, y más allá de los problemas que presenta, es innegable que, en estos 43 años de vida, el Recurso de Protección ha sido un instrumento constitucionalizador muy importante. La misma naturaleza de la Acción de Protección, de urgencia y tutelar, vuelve muy difícil, sin embargo, que ella pueda propiciar una Constitucionalización general y estable¹⁹.

¹⁷ Para una crítica al activismo judicial, véase: GARCÍA, JOSÉ FRANCISCO Y VERDUGO, SERGIO: “*Activismo judicial en Chile*”, Ediciones LyD, 2013.

¹⁸ La Acción de Protección es creada por el Acta Constitucional N° 3 (D.L. N° 1552, de 13 de Septiembre de 1976). La operatoria de esta Acción nace el 29 de Marzo de 1977, con la dictación, por parte de la Corte Suprema, del “Auto Acordado sobre tramitación del Recurso de Protección de Garantías Fundamentales”.

¹⁹ En la misma línea que venimos explicando, me parece que también contribuye a esta Constitucionalización tutelar la Nulidad de Derecho Público. Cabe anotar el relevante papel que jugó la doctrina jurídica nacional en la creación y desarrollo tanto del Recurso de Protección como de la Nulidad de Derecho Público. Sin perjuicio de otros nombres importantes, es indudable que el aporte principal le ha cabido al profesor Eduardo Soto Kloss.

La **Constitucionalización de tomo y lomo**, me parece, comienza a manifestarse en Chile en los momentos en que termina la dictadura cívico-militar del General Pinochet y empieza la compleja restauración democrática. Muchos son los catalizadores de ese proceso.

Por ejemplo, que la reforma constitucional de 1989, al incorporar en el artículo 5 de la Carta Fundamental una referencia vinculante a los tratados internacionales sobre derechos humanos, dotó a nuestra magistratura judicial y a nuestra doctrina de una herramienta constitucionalizadora formidable. Esa nueva disposición constitucional le sirvió, por ejemplo, a la Sala Penal de la Corte Suprema para imponer la primacía de la Convención de Ginebra y, en general del derecho internacional de los derechos humanos, sobre leyes nacionales contrarias a esos principios (p.e. la Ley de Amnistía de 1978).

Sin duda existen muchas otras causas que explican la constitucionalización creciente del Derecho nacional después de 1990. Para efectos de este artículo, sin embargo, me interesa especialmente detenerme en el aporte de dos grandes juristas que sirvieron en nuestro Tribunal Constitucional.

Hay que recordar que el Tribunal Constitucional de la Constitución de 1980 fue diseñado para defender los pilares básicos de la fórmula política instalada en Chile por la dictadura y plasmada en dicha Carta Fundamental. Ello explica la centralidad tanto del control preventivo y obligatorio de las leyes orgánicas constitucionales como de la potestad de sancionar a personas y asociaciones que propaguen doctrinas contrarias a dicho ideario. Como era esperable, todos y cada uno de los nombramientos de la que sería su integración para el período 1981 a 1989 recayeron en personas afines a la dictadura. Nada hacía presagiar, por tanto, que un Tribunal nacido bajos esos auspicios pudiera ejercer algún tipo de control crítico del poder dictatorial o que levantara alguno de los valores y principios constitucionales que recogen la historia larga de la república chilena como parámetro para invalidar decisiones legislativas del régimen civil-militar.

Como se sabe, sin embargo, y más allá de toda expectativa, en los años clave que van de 1985 a 1989, el Tribunal Constitucional sí se animó a jugar un papel de auténtica defensa de la parte de la Constitución más fiel al constitucionalismo, aun en contra de acápites de la Constitución que lo traicionaban.

Papel central en este genuino y profundo esfuerzo constitucionalizador tuvo don **Eugenio Valenzuela Somarriva**. En 1981, este distinguido abogado, proveniente del servicio en el Consejo de Defensa del Estado, fue designado por la dictadura militar para integrar el Tribunal Constitucional. La independencia de juicio con que se desempeñó en dicha Corte, le significó que el general Pinochet decidiera no renovar su nominación en marzo de 1989 (hay que recordar que hasta la reforma de 2005 los magistrados del Tribunal Constitucional podían ser nominados nuevamente una vez terminado su período).

En 1997 fue la institucionalidad democrática la que devolvió a don Eugenio al Tribunal Constitucional, donde ejerció hasta el año 2006.

Varios son los fallos históricos del Tribunal Constitucional que llevan la impronta de don Eugenio. Me quiero detener en cuatro que, amén de su trascendencia intrínseca, ponen de manifiesto su compromiso con el derecho y su buen criterio.

En enero de 1985, en el “Caso MDP”, Eugenio Valenzuela redactó un voto disidente, señalando que no procedía aplicar el artículo 8° de la Constitución al PC, al PS y al MIR, puesto que tales partidos ya se encontraban disueltos desde 1973 por un decreto ley de rango constitucional. Valenzuela no estaba dispuesto a que se usara la Constitución y al Tribunal Constitucional en una acción que tenía mucho más de propaganda antimarxista que de resguardo del orden constitucional.

Pocos meses después, en el “Caso Tricel”, Eugenio Valenzuela logra una mayoría que prioriza los valores y principios de la democracia por sobre un artículo transitorio que, leído textualmente, dejaba al Plebiscito de 1988 sin Tribunal Calificador de Elecciones. Este fallo fue decisivo para que muchos opositores a la dictadura sintieran que el acto plebiscitario en el que se iba a decidir si el general Pinochet seguía gobernando hasta 1997 podía reunir las condiciones mínimas de seriedad y transparencia de las que había carecido el plebiscito de 1980²⁰.

En 1987, Valenzuela se opuso al voto de mayoría que condenó a la pérdida de sus derechos políticos a don Clodomiro Almeyda. En su voto disidente, Valenzuela se negó a condenar a Almeyda por el simple hecho de tener éste “una actitud extremadamente crítica y severa del régimen imperante en Chile”. Conviene anotar que en esta ocasión a Valenzuela le faltó un solo voto para conseguir la absolución de Almeyda.

En 1989 en el “Caso Ley de Votaciones”, un fallo unánime liderado por Valenzuela rechaza la pretensión de un canal de televisión que se oponía a la franja de propaganda televisiva gratuita. Esta decisión abrió, entonces, la oportunidad para que los opositores a Pinochet pudieran, por primera vez en quince años, hacer llegar su mensaje a todo el país.

Existen también, por supuesto, fallos redactados por don Eugenio Valenzuela con los que yo no estoy de acuerdo (por ejemplo, el “Caso del Tribunal Penal Internacional”). Pero aun en las ocasiones en que su razonamiento no me convence, advierto siempre el esfuerzo por buscar soluciones coherentes.

²⁰ Véase Letelier, Cristián: “El TC y el plebiscito de 1988”, *El Mercurio de Santiago*, 4 de octubre de 2018, página A2.

He tomado nota del aporte sustancial que cupo en los gérmenes de la constitucionalización del Derecho en Chile a Eugenio Valenzuela. Corresponde, ahora, reconocer la contribución aún más decisiva que cabe a **José Luis Cea Egaña**. Heredero de don Alejandro Silva Bascuñán en el rol de constitucionalista principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, José Luis Cea va a ser, en efecto, impulsor determinante de la Constitucionalización del Derecho en Chile.

El aporte de Cea a la constitucionalización del Derecho en nuestro país se expresa de varias formas, todas ellas complementarias.

Está, por un lado, José Luis Cea el docente que imparte por décadas una cátedra motivadora que alienta de vocación de muchos estudiantes que, luego, serán ayudantes y más tarde académicos de la disciplina del Derecho Constitucional. Al mismo tiempo, Cea es el autor de cientos de artículos y unos 14 libros que van definiendo muy decisivamente la comprensión de la Constitución de 1980. Si bien no dispongo de un estudio empírico sobre el punto, me atrevo a sostener que junto a Silva Bascuñán y Soto Kloss, Cea es parte del triunvirato de los autores de Derecho Público más citados en los fallos de los tribunales chilenos entre 1985 y el presente.

José Luis Cea va a dirigir la Revista Chilena de Derecho (RCHD) desde 1981 hasta 1993. En una época donde escasean en Chile las publicaciones científicas en el campo del Derecho, Cea va a lograr que la RCHD combine una excelente presentación, contenidos de alta calidad y un interesante acopio de jurisprudencia. Más allá de cual haya sido la intención de Cea Egaña, y sin perjuicio de publicarse también valiosos trabajos de Derecho Privado, la RCHD va a especializarse en el Derecho Público. Y, desde esa posición, se atreve a abrir las páginas de la Revista a investigadores muy jóvenes, algunos de ellos todavía estudiando, entonces, su pregrado²¹.

Cea aumenta aún más su nivel de influencia en la dogmática iuspublicista chilena al crear en 1991, y dirigir por 14 años, el muy prestigioso Magister en Derecho Público de la PUC (hoy LIM UC). Cea será abogado integrante del Tribunal Constitucional desde 1991 hasta 2002. En 2002 es nombrado Ministro del Tribunal Constitucional, función que desempeñará hasta el 2010. Le corresponderá presidir el Tribunal Constitucional entre 2005 y 2007, los años decisivos en que dicho órgano estrena nueva composición y reforzadas atribuciones.

²¹ En 1991, la RCHD publica el texto de una notable conferencia con que Miguel Ángel Fernández saluda el egreso de su generación (“Hombres de Derecho”, Volumen 18 N° 2). En lo personal, no puedo dejar de anotar que la Revista que dirigía don José Luis me publicó un artículo crítico sobre una reforma a la ley de seguridad interior del Estado en 1986 (estando yo en tercer año), un artículo sobre la personalidad del embrión humano en 1988 (cursando yo mi quinto año), un artículo sobre la Interpretación constitucional en 1990 (con una síntesis de Memoria de Grado) y un artículo sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en 1991 (recién rendido el Examen de Grado).

De las muchas decisiones importantes adoptadas por el Tribunal Constitucional en el período en que integra don José Luis Cea, quisiera destacar una, humilde en su apariencia, pero significativa por lo que revela en términos de doctrina constitucional.

Se recordará que la facultad de conocer de la Inaplicabilidad le fue concedida al Tribunal Constitucional por la ley de reforma constitucional N° 20.050, publicada en el Diario Oficial el 26 de agosto de 2005. Siempre de acuerdo a dicha reforma, se estableció que las enmiendas alusivas al Tribunal Constitucional (capítulo VIII de la Carta Fundamental) entrarían en vigor seis meses después de la publicación de la reforma.

De esta manera, el 27 de febrero de 2006 entró a regir el nuevo estatuto constitucional del Tribunal Constitucional. El problema, sin embargo, es que a esa fecha no se habían aprobado los cambios pertinentes a la Ley Orgánica Constitucional (LOC) del Tribunal Constitucional (de hecho, en ese momento el proyecto respectivo de encontraba recién en su primer trámite).

Enfrentado el TC ante esta situación, desechó la alternativa de dejar en suspenso el ejercicio de las nuevas atribuciones concedidas por la reforma de 2005 (entre otras, p.e., la Inaplicabilidad) hasta que se hubieren aprobado las reformas correspondientes a la LOC del Tribunal Constitucional (con la configuración legal de cada uno de los procedimientos). Entendió el Tribunal Constitucional, por el contrario, que podía, y que debía, empezar a conocer, y a fallar, desde el mismo 27 de febrero de 2006 los recursos de Inaplicabilidad que se interpusieron. Justificó esta disposición en tres razones: a) el principio de inexcusabilidad, b) el derecho a la defensa y c) la circunstancia de ser la Constitución Política chilena norma jurídica suprema de vinculación directa e inmediata; y que, por ende, ella no requiere de desarrollo legislativo previo para imperar eficazmente²².

La necesaria actualización de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional recién entraría en vigencia cuatro años después de la reforma constitucional. ¿Qué significa esto? Pues bien, en materia de Inaplicabilidad significó, ni más ni menos, que las primeras 250 inadmisibilidades y las primeras 170 sentencias definitivas se fallaron sin que existiera un procedimiento legal ad hoc. El vacío fue llenado con la invocación de principios y criterios generales del derecho procesal y la aplicación analógica del procedimiento establecido en la LOC del Tribunal Constitucional para la tramitación de los recursos de inconstitucionalidad contra proyectos de ley.

No dispongo de antecedentes para afirmar que en esta reveladora decisión del Tribunal Constitucional que acabo de recordar, don José Luis Cea tuvo algún rol preponderante. El hecho es que, siendo él Presidente del órgano, y dado su ascendiente, parece sensato pensar que esta resolución constitucionalizadora responde a su visión.

²² Sobre estas razones del Tribunal Constitucional, véanse la resolución de su Segunda Sala de fecha 31 de Mayo de 2006 en la que se emite pronunciamiento sobre un incidente de previo y especial pronunciamiento (Causa Rol 472) y la “Memoria del Tribunal Constitucional”, 2006, pp. 10-13.

Hablando precisamente del tópico que nos ocupa, la Constitucionalización del Derecho, Cea ha escrito “De igual manera que con otros fenómenos jurídicos, la Constitucionalización del Derecho nos llegó del extranjero, esta vez de Francia a través de una conferencia inolvidable que pronunció, en abril de 1994, durante su primera visita a Chile, el amigo ilustre Louis Joseph Favoreau”. Dos años después de esa visita, el propio Cea publica la que probablemente sea la primera publicación científica nacional sobre el tema²³. Años más tarde, Cea auspiciará la publicación en Chile de la traducción de un texto emblemático de Favoreau²⁴.

La influencia de Cea se proyecta hacia el futuro a través de la producción científica y ejercicio académico y profesional de sus discípulos²⁵.

III. Las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el legislador democrático

Más arriba ofrecimos una metáfora agrícola para abogar por una constitucionalización que no arrasara y que no vulgarice. Ahora, y un poco más concretamente, quisiera anticipar un par de ideas a efectos que el Tribunal Constitucional sea siempre un canal adecuado para una Constitucionalización sana, buena y conveniente.

1. Sobre la Inaplicabilidad

En el afán de postular una Constitucionalización sana, me atrevo a sostener que, más allá de sus problemas (que los tiene), la acción de inaplicabilidad chilena, por medio de la cual nuestro Tribunal Constitucional conoce de un reproche, en concreto, contra un precepto legal, es una buena fórmula. Un buen canal. Y lo es, porque concilia las prerrogativas de los jueces y cuerpos legales que están más cerca del problema, por una parte, con la conveniente intervención garantista de la Carta Fundamental, por la otra.

²³ “*La Constitucionalización del Derecho*”, Revista de Derecho Público, N° 59, 1996, pp. 11-22. Me parece interesante destacar, en todo caso, que el proceso constitucionalizador que se estaba fraguando en Chile a mediados de los 90 del siglo pasado fue oportunamente advertido por un destacado cultor nacional del derecho privado. Me refiero al profesor de Derecho Civil Ramón Domínguez Águila que, en el mismo año 1996, publicó un análisis sobre el impacto de la constitucionalización sobre su disciplina. DOMÍNGUEZ, RAMÓN: “*Aspectos de la constitucionalización del Derecho Civil chileno*”, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIII, N° 3, pp. 103-137.

²⁴ FAVOREAU, LOUIS: “*La constitucionalización del derecho*”, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Volumen XII, 2001, pp. 31-43.

²⁵ Sin perjuicio de otros nombres, me parece que la lista de discípulos directos o indirectos de José Luis Cea incluye a Marisol Peña, Ángela Vivanco, Gonzalo García, Juan José Romero, Miriam Henríquez, Miguel Ángel Fernández, Cecilia Rosales y quien escribe estas líneas.

No es este el lugar para examinar en detalle la naturaleza y función de la acción de inaplicabilidad. Permítaseme, aquí, en todo caso, sintetizar cuales serían esas virtudes de la inaplicabilidad chilena que la vuelven canal idóneo para una buena y conveniente constitucionalización.

La inaplicabilidad es una forma **quirúrgica, precisa, discreta y deferente**, a través de la cuál nuestra Carta Fundamental hace sentir su presencia en los más distintos tipos de contiendas y gestiones. Es una forma quirúrgica porque no busca desbaratar cuerpos completos sino que apunta a evitar la aplicación de preceptos legales determinados. Es precisa porque no pretende resolver todos los casos de una, sino que se pronuncia sobre cada caso concreto en base a sus particularidades. Es discreta porque no se hace presente por voluntad propia, sino que espera que la llamen (ya sea el juez o alguna de las partes). Es deferente, finalmente, porque no le quita la jurisdicción al juez de fondo. Seguirá siendo ese tribunal, competente y especializado, el que deba, en definitiva, conocer y resolver del asunto.

Es través de la Inaplicabilidad, entonces, que el Tribunal Constitucional, un Tribunal especializado en Derecho Constitucional y con facultad para interpretar de manera definitiva e inapelable la Carta Fundamental, crea las condiciones para que cuando los tribunales especializados en asuntos civiles, penales, laborales, de libre competencia, etc., deban resolver los asuntos colocados bajo su jurisdicción no lo vayan a hacer en base a la aplicación decisiva de un precepto que, para ese caso, resulta contrario a la Constitución.

Resulta, entonces, que el propio diseño del Requerimiento de Inaplicabilidad, más allá de otras consideraciones, manifiesta un alto grado de respeto o deferencia por las competencias específicas de los tribunales especializados. Así lo entiende el TC cada vez que se abstiene de intervenir cuando lo que se le pide, más que una precisa definición constitucional, es que corrija, mejore o derechamente sustituya las actuaciones de los jueces de fondo.

En suma, con la Inaplicabilidad, el Tribunal Constitucional se aboca a resolver un aspecto constitucional puntual de una contienda, pero que no se avoca a conocer y resolver dicha contienda desde la Constitución.

2. Deferencia Razonada

Nuestro Tribunal Constitucional ha sido extraordinariamente cuidadoso a efectos de explicitar que la defensa estricta de la supremacía constitucional puede, y debe, ir de la mano con el respeto por la dimensión de mérito u oportunidad de las determinaciones del legislador. En base a esta Deferencia Razonada, el Tribunal Constitucional no solo se abstiene de invadir el terreno de las consideraciones ideológicas, de mérito o de oportunidad, sino que, además, concede cierto valor *prima facie* a las interpretaciones que, sobre el marco constitucional, ha efectuado el legislador democrático.

No toda noción de Constitucionalización admitirá la idea de Deferencia Razonada. Veamos.

Si se piensa que es posible encontrar en los contenidos sustantivos de la Constitución el germen o “huevo originario” de todas las muchas y distintas respuestas legales con que el Estado debe enfrentar los distintos problemas sociales, es bien probable que por Constitucionalización se entienda la tarea de descubrir para cada caso cuál es la solución de la Carta Fundamental y, luego, asegurar que la respuesta legal coincida con ella. En el fondo, este modo de entender la Constitucionalización, como si la Constitución fuera un oráculo para el legislador, asume que todas las decisiones importantes las adopta la Carta Fundamental y que al legislador lo que le cabe es simplemente desenvolver o desentrañar la fórmula escogida por la Constitución. Esta es, me parece, la visión de muchos a quienes me refería más arriba con el rótulo de “neoconstitucionalistas”.

Si, en cambio, se entiende que la Constitución fija deberes generales, exige razonabilidad e identifica el marco, más o menos amplio, que delimita el espacio de autonomía legítima que tiene el legislador para escoger de entre varias alternativas regulatorias posibles, la Constitucionalización se concebirá como un esfuerzo por asegurar que el legislador escoja, en primer lugar, para un fin constitucionalmente legítimo; que, en segundo lugar, escoja en base a razones razonables susceptibles de ser evaluadas y, tercero, que escoja, dentro, y no fuera, de la esfera de discreción política que la Carta Fundamental le reconoce.

Si en el primer modelo la Constitucionalización consiste simplemente en imponer al legislador las instrucciones del oráculo constitucional, bajo la segunda perspectiva la Constitucionalización consiste en verificar que el legislador escoja dentro del marco de las siempre múltiples alternativas de que dispone.

Una Constitucionalización que buscara, en el fondo, implantar legislativamente unos supuestos dictámenes unívocos encriptados en el lenguaje de la Constitución no es compatible con la Carta Fundamental de una República Democrática (artículo 4°). Una cosa es que, en un Estado de Derecho con Supremacía Constitucional, el gobierno de las mayorías debe sujetarse, siempre, al marco constitucional y otra es que terminen gobernando los jueces que saben interpretar el oráculo.

A la luz de la explicación ofrecida más arriba, desaparece toda contradicción o incompatibilidad entre la teoría de la Deferencia Razonada y una Constitucionalización del Derecho bien entendida. Todo lo contrario. Al adoptar el Tribunal Constitucional chileno la tesis de la Deferencia está juzgándose por una Constitucionalización respetuosa de los órganos de representación democrática, una Constitucionalización no imperialista en su relación con las distintas disciplinas del Derecho, una Constitucionalización, en fin, que desvirtúa la acusación que algunos lanzan en el sentido de ser el Tribunal Constitucional algo parecido a una “Tercera Cámara política”.

A través de una Constitucionalización indirecta del Derecho, que entiende la Constitución como un marco y no un oráculo, principalmente vía la Inaplicabilidad, con respeto por la esfera competencial de los jueces de fondo y por los fueros del legislador democrático, el Tribunal Constitucional chileno cumple, y seguirá cumpliendo, su misión esencial: concurrir a la defensa de la supremacía constitucional en un Estado de Derecho Democrático.



SEGUNDO PANEL
RELACIÓN DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL CON LOS
TRIBUNALES SUPREMOS



1. RELACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON LOS TRIBUNALES SUPREMOS

Juan José González Rivas¹

I. Introducción

Una de las cuestiones más relevantes en el ejercicio de la justicia constitucional es el análisis de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. La confluencia entre las actividades jurisdiccionales propias de uno y de otro tiene lugar principalmente en el contexto de las tareas que se les asignan en materia de protección de los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados.

En Europa, como he tenido ocasión de subrayar en numerosos trabajos científicos: *“La Justicia Constitucional: Derecho Comparado y Español”*. Ed. Edersa. Madrid. 1985, 412 págs., *“Estudio legal y jurisprudencial del Tribunal Constitucional español”* 1981-2000 Civitas. Madrid. 2001, 533 págs.; *“Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2002 y *“La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional”*. Thomson-Reuters Civitas. Madrid. 2011, 680 págs., entre otros. Las Constituciones aprobadas con posterioridad a la conclusión de la Segunda Guerra Mundial incorporaron con carácter general a sus textos importantes listados de derechos fundamentales, con el objetivo de evitar que en el futuro los poderes estatales, por muy amplia que fuese la legitimación democrática que les respaldase, estuviesen impedidos de adoptar medidas que desconociesen los derechos inherentes a la dignidad humana.

Los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos estaban destinados a obligar a todos los poderes públicos: al legislador, pero también a los organismos e instituciones cuyas funciones consistían en la aplicación de las normas jurídicas como la Administración Pública y los órganos jurisdiccionales.

La garantía de que esta vinculación fuese auténtica y efectiva fue determinada por parte de algunas Constituciones mediante la atribución al Tribunal Constitucional de un procedimiento de control al que podían acudir los individuos que se consideraban lesionados en sus derechos fundamentales. Esta asignación al Tribunal Constitucional de esta función de garantía de los derechos humanos, sin embargo, no se configuraba como exclusiva. Muy al contrario, se atribuía al Tribunal

¹ Presidente del Tribunal Constitucional de España.

Constitucional de un modo compartido con los órganos jurisdiccionales ordinarios, a cuya cabeza desempeña un papel fundamental el Tribunal Supremo.

Justamente este fue el esquema escogido por los constituyentes españoles del año 1978. Así se desprende con meridiana claridad en la fórmula que terminó siendo recogida en el art. 53.2 CE. al disponer que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

En este precepto constitucional se recoge la subsidiaridad del recurso de amparo al introducir la expresión “en su caso”.

Este reparto de la función de tutela de los derechos fundamentales entre los jueces y tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional se materializa a través de la Ley 2/1979, de 3 de octubre, Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC), que establece en los artículos 43y 44 que para que procede la admisibilidad de un recurso de amparo constitucional es necesario que quede asegurado su carácter subsidiario, para lo cual es necesario que la vulneración del derecho fundamental sea invocado ante los jueces y tribunales ordinarios tan pronto sea posible y que se agoten todas las vías de recurso existentes en las normas procesales.

De esta manera, debido a que la protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional se produce solo cuando la vulneración no ha sido declarada y efectivamente reparada por los órganos de la justicia ordinaria, en cuya cúspide se sitúa el Tribunal Supremo el ámbito más habitual en el que las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo se manifiestan es este de la función protectora de los derechos fundamentales.

Estas relaciones se rigen básicamente conforme al principio organizativo y funcional que se pronuncia en el artículo 123 de la Constitución, según el cual “el Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”, y en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que impone a los jueces y Tribunales la interpretación y aplicación de las leyes “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”.

II. Interpretación de regla constitucional de relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en España

La regla constitucional que hallamos enunciada en el artículo 123 de la Constitución conlleva que la relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo debe estar presidida por el respeto del primero de ellos por el carácter de “órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo

dispuesto en materia de garantías constitucionales” que corresponde al segundo. Por este motivo, al Tribunal Constitucional le incumbe muy especialmente no sustituir el criterio interpretativo del Tribunal Supremo en aquellos aspectos que sean de estricta legalidad ordinaria. Solo cuando está implicada una garantía constitucional el Tribunal Constitucional está habilitado para revisar y dejar sin efecto la lectura hermenéutica que haya justificado la decisión del Tribunal Supremo.

Esta regla, sin embargo, no es en la práctica tan sencilla como pudiera parecer, pues la realidad demuestra constantemente que la legalidad ordinaria y la legalidad constitucional distan mucho de ser conjuntos normativos que siempre y en todo caso se puedan separar nítidamente. Por ello en las relaciones que estamos examinando cabe distinguir al menos dos situaciones diferentes.

De un lado, aquella en la que la resolución del Tribunal Supremo se fundamenta en la aplicación directa e inmediata de un precepto constitucional que consagra un derecho fundamental. En este grupo de supuestos actúa con toda su intensidad la excepción contenida en el ya mencionado artículo 123 de la Constitución y referida a la materia “garantías constitucionales” y, en consecuencia, el Tribunal Constitucional está habilitado para revisar en toda su extensión y profundidad lo que haya resuelto en el caso el Tribunal Supremo. Así en la STC 58/2018, de 4 de junio, se resuelve si el artículo 18 de la Constitución, que reconoce en lo que aquí interesa el derecho al honor y el derecho a la protección de datos, incidía, y sobre todo con qué extensión lo hacía, en las noticias recogidas en las hemerotecas digitales de los periódicos. El Tribunal Supremo consideró que el correcto equilibrio entre los derechos declarados en el artículo 18 y el derecho a impartir y recibir información veraz ex artículo 20 CE determinaba que los motores de búsqueda externos debían desindexar las noticias objeto del conflicto. Las interesadas acudieron al Tribunal Constitucional argumentando que sus derechos derivados del artículo 18 de la Constitución conllevaban que dichas noticias, dado que el tiempo transcurrido les había hecho perder actualidad, debían desaparecer completamente de la hemeroteca digital.

El Tribunal Constitucional ponderó con completa libertad interpretativa la relación que media entre los derechos fundamentales previstos en los artículos 18 y 20 de la Constitución y resolvió que correspondía mantener la integridad de la hemeroteca digital, pero que debía bloquearse el acceso a ella no solo de los buscadores externos sino también del buscador interno organizado por el propio periódico.

La segunda situación es aquella en la que los órganos jurisdiccionales ordinarios fundan su resolución en la interpretación de normas y principios de estricta legalidad ordinaria. En estos casos el Tribunal Constitucional tiene, como es natural, un poder de intervención de extensión mucho más limitada que en el supuesto descrito anteriormente, pues le incumbe únicamente la función de garantizar que no falte una respuesta judicial y, por encima de ello, que el pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes esté fundado en Derecho. En estos casos el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de precisar en muchas ocasiones y lo recuerda en la STC 47/2019, de 18 de abril, que “es a los órganos judiciales a quien corresponde con carácter exclusivo la adopción

de las pertinentes resoluciones que sean consecuencia del proceso de selección e interpretación de la norma aplicable, sin más límites que el carácter manifiestamente irrazonable, arbitrario o incluso error patente de la interpretación y aplicación de las normas llevada a cabo por los jueces y tribunales ordinarios (por todas, SSTC 148/1994, de 12 de mayo; 117/1996, de 25 de junio; 58/1997, de 18 de marzo; 68/1998, de 30 de marzo, y 238/1998, de 15 de diciembre, entre otras) (STC 51/2007, de 12 de marzo, FJ 3)”

Esta posición de respeto por parte del Tribunal Constitucional en relación a la interpretación que los jueces y tribunales hagan de la legalidad ordinaria se ha de extremar si cabe cuando el órgano jurisdiccional que interviene sea el Tribunal Supremo. Así lo muestra la STC 52/2003, de 17 de marzo, en la que primero se pone el énfasis en que la sentencia enjuiciada la ha dictado “el Tribunal Supremo –máximo intérprete de la legalidad ordinaria en el ejercicio de la función jurisdiccional (art. 123.1 CE)–”, para a continuación afirmar que “no estamos, pues, ante una decisión arbitraria; al contrario, se trata de una solución revestida de la nota de razonabilidad al responder a las pautas propias de un silogismo jurídico atendible, y es aquí donde debemos detener nuestro examen de la cuestión, rechazando con esto la relevancia constitucional del motivo propuesto por la demandante, pues la balanza de la justicia constitucional no puede inclinarse en ningún sentido para optar entre dos soluciones razonables (STC 181/2001, de 17 de septiembre, FJ 4), ya que, en caso contrario, el Tribunal Constitucional se convertiría en un órgano de casación o de apelación universal, quedando desvirtuada la naturaleza propia del proceso constitucional de amparo”.

Muy expresiva resulta también la STC 112/2007, de 10 de mayo, FJ 5, en la que el Tribunal Constitucional destaca que “en el presente caso el Tribunal Supremo, máximo intérprete de la legalidad ordinaria en el ejercicio de la función jurisdiccional (artículo 123.1 CE), en una interpretación de la legalidad procesal vigente que en modo alguno cabe tildar de arbitraria, irrazonable o desproporcionada por su rigorismo se ha pronunciado sobre la vía procesal adecuada a través de la cual se habían de articular las pretensiones impugnatorias del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal”. Un razonamiento enteramente similar, y por ello especialmente deferente con el criterio interpretativo del Tribunal Supremo, está presente en las SSTC 44/2009, FJ 11; y 12/2011, FJ 5.

III. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España

La LOTC ha sido modificada varias veces desde su inicial promulgación en 1980. Ahora quiero destacar la reforma que fue introducida por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que añadió como requisito de admisibilidad de la demanda de amparo la concurrencia de un motivo de especial transcendencia constitucional. El art 50.1.b) LOTC dispone, a raíz de esa reforma legal, que la demanda de amparo deberá ser objeto de una decisión de admisión a trámite, que tendrá como una de sus exigencias que “el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial transcendencia constitucional, que se apreciará

atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”.

El artículo 53.2 de la Constitución contempla como necesaria la existencia de una vía de tutela de los derechos fundamentales ante los jueces y tribunales ordinarios, mientras que el posterior recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional se configura solo como una posibilidad ya que el precepto constitucional, como hemos destacado, lo contempla bajo la expresión “en su caso”, la cual supone que existirá si el legislador regula ese procedimiento.

Haciendo uso de esta posibilidad, la Ley Orgánica 6/2007 limitó los casos en que resultaba procedente que un individuo acudiese ante el Tribunal Constitucional en vía de amparo. Mientras antes de esa reforma bastaba con que el recurrente acreditase haber sufrido una vulneración en alguno de sus derechos fundamentales, después de ella se venía a exigir que, junto a ese criterio subjetivo de lesión individual, concurriese además una circunstancia que subrayase la especial trascendencia constitucional del asunto. Es decir, que en el asunto de que se trate se aprecie un elemento objetivo, un aspecto que, superando los contornos del supuesto concreto, demostrase que su resolución presentaba alguna utilidad general que justificase la intervención del Tribunal Constitucional.

El nuevo sistema de conformación legal del recurso de amparo fue interpretado por el Tribunal Constitucional en innumerables resoluciones, pero solo destacaré dos a los efectos limitados que aquí interesa. De un lado, el inicial ATC 188/2008, de 21 de julio, que precisó con suma claridad la esencia del nuevo requerimiento de admisibilidad, al señalar que “cumple advertir que la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental. La argumentación sobre la concurrencia de la lesión de un derecho fundamental por la resolución impugnada es un presupuesto inexcusable en cualquier demanda de amparo [...]. Pero además, en virtud de la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, que añade el transcrito inciso final al art. 49.1 LOTC, en todo caso el recurrente habrá de justificar expresamente en su demanda de amparo la especial trascendencia constitucional del recurso, sin que corresponda a este Tribunal reconstruir de oficio la demanda cuando el recurrente incumpla la carga de argumentación que sobre él recae en orden a justificar esa especial trascendencia constitucional que, a su juicio, reviste el recurso de amparo que ha interpuesto”.

La otra resolución que considero necesario resaltar es la STC 155/2009, en la que “este Tribunal estimó conveniente, dado el tiempo transcurrido desde la reforma del recurso de amparo, avanzar en la interpretación del requisito del art. 50.1 b) LOTC. En este sentido considera que cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional en los casos que a continuación se refieren, [...] Tales casos serán los siguientes: a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional

para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios”.

Esta reforma legal ha producido un efecto directo sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, en la medida en que ha dejado un amplio espacio a la intervención del Tribunal Constitucional. Aunque se trate de aplicar directa e inmediatamente preceptos constitucionales que reconozcan derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional no actuará, y en consecuencia inadmitirá los recursos de amparo que se le dirijan, en todos aquellos casos en que no estime concurrente un elemento adicional de carácter objetivo reconducible a alguno de los supuestos de especial transcendencia constitucional que previamente ha definido.

En estos litigios en los que no exista un elemento objetivo, que vaya más allá del interés del recurrente en procurarse la reparación de la lesión sufrida, la decisión última en la tutela de los derechos fundamentales le corresponderá a los jueces y tribunales ordinarios. De este modo, será el Tribunal Supremo el que, en los casos en que las normas procesales ofrezcan vías de recurso para acceder a él, acabará estableciendo el entendimiento definitivo de los preceptos constitucionales que garantizan derechos fundamentales, al menos en aquellos supuestos en que el Tribunal Constitucional no considere necesario intervenir para precisar o cambiar la doctrina que se venga estableciendo.

Debemos recordar la relevancia que en este contexto juega la regla que dispone el artículo 5.3 LOPJ, con arreglo al cual “procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional”,

en desarrollo de las previsiones contenidas en el artículo 163 de la CE y 35 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal, 2/79, de 3 de octubre.

IV. Relaciones entre TC y TS más allá de los derechos fundamentales

La relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo también se manifiesta más allá de los derechos fundamentales. El Tribunal Supremo en los procesos en los que asume competencias está enteramente sometido a la Constitución, en el sentido de que está vinculado por todas sus disposiciones y no solo por las que reconozcan derechos fundamentales.

En este contexto la relación entre ambos órganos jurisdiccionales se manifiesta en que el Tribunal Supremo, a pesar de la independencia que le asiste como órgano judicial, debe ajustar la interpretación de los preceptos constitucionales aplicables a los criterios que haya fijado el Tribunal Constitucional en su doctrina jurisprudencial. Así lo ordena expresamente el artículo 5.1 LOPJ, según el que “la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales...”. La vinculación del Tribunal Supremo se extiende, por tanto, a la interpretación que haga el Tribunal Constitucional de los preceptos constitucionales no solo en el curso de recurso de amparo, sino en “todo tipo de procesos constitucionales”, lo que en última instancia aboca a un necesario diálogo a desarrollar entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

Un supuesto ejemplificativo del diálogo es el que ha surgido a partir de la STC 85/2019, de 19 de junio, que decidió una cuestión interna de inconstitucionalidad declarando la nulidad de dos incisos del art. 294.1 LOPJ, quedando la redacción final del art. 294.1 LOPJ, una vez excluidos los incisos declarados inconstitucionales y nulos, como sigue: “Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”. La resolución del Constitucional deja claro que de su sentencia no debe derivarse la conclusión de que la indemnización es automática en todos los supuestos. Argumentó en concreto que “la doctrina de esta sentencia no solo respeta los amplios márgenes de configuración legislativa o de interpretación judicial en lo que afecta al *quantum* indemnizatorio, sino que tampoco impide rechazar que exista en el caso concreto derecho a indemnización en virtud de la aplicación de criterios propios del Derecho general de daños (como pueden ser la *compensatio lucri cum damno* o la relevancia causal de la conducta de la propia víctima)”.

El Tribunal Supremo resolvió varios meses después, concretamente en sentencia de la Sala Tercera, Sección Quinta, de 10 de octubre de 2019, que “pese a la advertencia de la falta de automatismo en la indemnización, es lo cierto que el Tribunal Constitucional ha procedido de hecho a dar una nueva redacción al precepto, y salvo los supuestos de que no se hayan irrogado perjuicios, lo que es prácticamente imposible de sostener en el caso de haber padecido prisión injusta, en todos los demás supuestos el tiempo de privación de libertad debe ser indemnizado, esto es, aunque el

Tribunal Constitucional defiera a los Tribunales ordinarios la fijación en cada caso de la procedencia de la indemnización, debemos concluir que partiendo de nuestra sujeción a la norma y tomando en cuenta la nueva redacción de la misma, en la que desaparece la mención “por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre”, en todos los supuestos de absolución por cualquier causa o de sobreseimiento libre, el perjudicado tiene derecho a la indemnización”.

Pocos días después, la STC 125/2019, de 31 de octubre, retomó el diálogo entre ambos Tribunales para insistir en que “no está de más recordar que ya se advirtió en la STC **85/2019** que ni de la propia sentencia ni del tenor del art. 294.1 LOPJ –depurado de los incisos que lo hacían contrario a los arts. 14 y 24.2 CE– se sigue que la prisión provisional, cuando el proceso penal concluya con un pronunciamiento de absolución (o de sobreseimiento libre), dé lugar a indemnización por los perjuicios irrogados de modo automático y en todos los casos”.

2. LA RELACIÓN ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

José Ignacio Vásquez Márquez¹

I. Estado de Derecho y supremacía de la Constitución

1. Cambio de paradigma del Estado de derecho

Bien sabemos los asistentes a este Encuentro de Magistrados constitucionales que, desde el fin de la segunda guerra mundial el Estado de derecho fue evolucionando desde su forma legal –característica del siglo XIX y parte del XX–, a un modelo constitucional. Es decir, desde el predominio del Estado legislador se avanzó hacia un nuevo paradigma, el del Estado Constitucional de derecho, primando la Constitución tanto formal como materialmente por sobre las demás normas y fuentes jurídicas.

Por lo anterior, tal paradigma permite hacer efectivo el principio de separación de funciones, en su auténtico sentido de controles recíprocos, a través de frenos y contrapesos entre órganos constitucionales y no de poderes separados en compartimientos estancos y ordenados jerárquicamente. Tal principio basal, bajo el Estado legal de derecho, no alcanzó su pleno desarrollo ni respeto, pues, fue erradamente interpretado y deficientemente garantizado por las constituciones que se elaboraron bajo su alero, cuyo resultado práctico fue el de un desequilibrio a favor de uno de los poderes y en desmedro de los otros. Recién en el siglo XX, importantes teóricos constitucionales criticarían lo que había sido su interpretación e implementación, advirtiendo que la auténtica intención de Montesquieu, fue la de establecer un sistema de frenos y equilibrios entre los poderes.

El nuevo paradigma constitucional se impuso, además, como consecuencia de una norma política potenciada jurídicamente, haciendo efectivo su jerarquía por sobre la ley y transformada en fuente del ordenamiento jurídico, compuesta por reglas y principios, atribuciones orgánicas, derechos y garantías. De este modo, las constituciones del Estado Constitucional son una auténtica manifestación soberana que vincula a todos y cada uno de los poderes públicos, órganos e integrantes de los mismos, así como a toda persona, institución o grupo.

¹ Ministro del Tribunal Constitucional de Chile. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile.

Anticipándose al cambio de paradigma, nacen hace 100 años atrás, los primeros tribunales constitucionales en Europa (Austria y Checoslovaquia), los cuales, a partir de la segunda posguerra mundial, se multiplicarán por todo este continente, resultando absolutamente armónicos con la naturaleza y el funcionamiento del emergente Estado Constitucional. Los tribunales constitucionales serían instituidos como otra función y poder del Estado, “*por encima de la tradicional separación horizontal de poderes, la supremacía de la Constitución con respecto a todos ellos*” (Brewer Carías) y normalmente separados del poder judicial y en la forma de un control concentrado de constitucionalidad de las leyes.

Asimismo, en esta forma de Estado, la judicatura, en general, ya no puede entenderse desde la perspectiva de la teoría política de Montesquieu, como un poder neutro, simple boca que pronuncia mecánicamente y subordinadamente las palabras de la ley, sino, una función activa de revisión judicial de los actos públicos, de establecimiento de la responsabilidad civil o patrimonial del Estado, de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos que vulneran derechos fundamentales de las personas, de garantía de los derechos ante actos ilegales y arbitrarios de la Administración o de cualquier sujeto particular. Bajo este nuevo contexto judicial, la propia jurisdicción constitucional aparece no sólo legitimada, sino, ejerciendo un efectivo freno al poder político.

2. Del desarrollo de la jurisdicción constitucional en Chile

El cambio de paradigma jurídico político del Estado de derecho, se aprecia en nuestra historia institucional a través de los ordenamientos constitucionales vigentes desde el siglo XX y más concretamente, por la forma en que se fue desarrollando la jurisdicción constitucional y el control de constitucionalidad de las leyes. Si bien, la Constitución de 1925 mantuvo la forma del Estado legal de derecho propia del siglo anterior, en cuya virtud la ley era la norma superior y manifestación principal de la voluntad soberana, sin embargo, se consagró una acción constitucional destinada a declarar la inaplicabilidad de un precepto legal, entregando esa decisión a la Corte Suprema, bajo la forma de un control concentrado y concreto, de oficio o a petición de parte y a posteriori, sin efectos erga omnes. El artículo 86 de aquella Carta señalaba al efecto:

“La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere entre otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación”.

Mientras la Corte Suprema mantuvo esta atribución, en diversas ocasiones se puso en entredicho su competencia, por un errado respeto al principio de separación de funciones, entendido como compartimientos estancos y asumido con una deferencia excesiva a favor del legislador. La

cuestión quedó graficada en el hecho de que *“la Corte Suprema renuncia, en una época tan temprana como la década de los 30, interpretando el texto constitucional, a la declaración de inconstitucionalidad por motivos de forma, con lo cual claudica de una importante área de la facultad que le entregó la Constitución, dejando un importante vacío de control”*². De este modo, la Corte Suprema se comportó como un órgano cuya función original no fue otra que salvaguardar la integridad de la ley y corregir al juez que la vulnerara, pero, no hizo prevalecer la Constitución por sobre aquélla, manteniéndose fiel a su naturaleza de tribunal de casación.

En este contexto de menor importancia otorgado al principio de supremacía constitucional, en los años 60 del siglo pasado diversos juristas plantearon la necesidad de crear un Tribunal Constitucional, de acuerdo al modelo europeo, lo que se concretó finalmente durante el gobierno de Eduardo Frei Montalva, en enero de 1970, mediante la Ley N° 17.284 que reformó la Constitución de 1925. Sin embargo, la declaración de inaplicabilidad seguiría siendo atribución de la Corte Suprema bajo la Constitución de 1980, hasta que el año 2005 se le transfirió su conocimiento y resolución al propio Tribunal Constitucional, en virtud de la Ley N° 20.050, de reforma constitucional. De igual forma, se le entregó a este órgano la facultad de declarar de oficio o a petición de parte, mediante acción pública, la inconstitucionalidad de un precepto legal que previamente hubiese sido declarado inaplicable, en tal caso, con efectos derogatorios y generales.

3. Atribuciones del Tribunal Constitucional en materia de inaplicabilidad

La diferencia entre la atribución que la Corte Suprema tuvo hasta el año 2005 y la que ejerce ahora el Tribunal Constitucional, radica principalmente en que éste ejerce un control concreto en la gestión judicial pendiente, inaplicando en ésta el o los preceptos legales que se estimen producirán un efecto contrario a la Constitución.

Cabe hacer presente que la jurisdicción y la justicia constitucionales, por su rol de salvaguarda de la supremacía de la Constitución, no solo son necesarias para garantizar ésta ante el legislador, sino, también ante los propios jueces. Por ello se ha entregado a las personas el derecho a requerir ante el Tribunal Constitucional la inaplicabilidad de aquellos preceptos legales que en el caso concreto pudieran producir efectos contrarios a la Constitución y, también al propio juez de la causa, considerando que puede tener la duda razonable en el mismo sentido en la gestión judicial que conoce. Ello, en la práctica, viene ocurriendo con mayor frecuencia, especialmente en materias laborales, penales y de familia.

² PICA FLORES, RODRIGO. *Control Jurisdiccional de Constitucionalidad de la Ley en Chile*, 2012. Ediciones Jurídicas de Santiago, p. 35).

En el procedimiento de inaplicabilidad, al Tribunal Constitucional no le corresponde pronunciarse ni inmiscuirse en modo alguno en la gestión, procedimiento, ni litigio radicado en un tribunal determinado, el cual mantiene inalterada su jurisdicción y competencia. Los jueces se encuentran atribuidos de independencia para ejercer con exclusividad la potestad de juzgar las causas que conocen, pudiendo elegir las normas aplicables, interpretarlas y, además, realizar la subsunción en ellas del supuesto de hecho. Ellos son por así decirlo, los dueños del proceso judicial e interpretan las normas jurídicas desde una perspectiva propia de la hermenéutica legal. El Tribunal Constitucional no rechaza la interpretación que hace el juez ordinario del precepto legal, tampoco interfiere ni controla la forma en que se ha tramitado el proceso, sino, sólo lo declara inaplicable para la gestión judicial concreta.

El Tribunal Constitucional interpreta el precepto legal desde otra óptica, desde la hermenéutica constitucional, en razón del control de supremacía constitucional que debe llevar a cabo. En caso de que el Tribunal acoja un requerimiento de inaplicabilidad, el juez de la instancia sólo deberá dictar sentencia sin considerar el o los preceptos impugnados. El Tribunal Constitucional decide si el precepto legal es norma decisoria u ordenadora de la gestión judicial, de suerte que, si se produce un control de la norma que un juez pueda invocar para resolver el caso, afectará también la propia subsunción del hecho basal del litigio. De este modo, la no aplicación de un precepto legal producirá un efecto indirecto en el resultado de la causa, mas no afecta el poder jurisdiccional en sí mismo.

En consecuencia, se puede apreciar que las atribuciones del Tribunal Constitucional son diferentes a las de los tribunales de justicia, lo que no debiera llevar a la existencia de incompatibilidades, interferencias ni conflictos.

II. Conflictos de competencias o de interpretaciones, o guerra de cortes

A la luz de lo analizado anteriormente y de la consideración de las atribuciones que corresponden tanto al Tribunal Constitucional como a la Corte Suprema y demás tribunales de justicia, las eventuales divergencias no debieran ser motivo de conflicto de competencias, pudiendo a lo más suscitarse algún problema de interpretaciones contradictorias. Tampoco debiera producirse en nuestro país aquel fenómeno de conflicto, que en otros países y latitudes se ha denominado como “*guerra de cortes*”. Ello, en razón de que a diferencia de otros sistemas de jurisdicción constitucional, como España o en América, Perú y Colombia, nuestro Tribunal Constitucional no es el órgano llamado a conocer de los amparos o protecciones constitucionales. En aquellos países, entre otros, las sentencias dictadas por los tribunales superiores de justicia pueden ser impugnadas ante los tribunales o cortes constitucionales cuando se han vulnerado derechos fundamentales, constituyéndose en una última instancia, que puede enmendar las resoluciones, afectando el poder del juez.

Sin embargo, no se puede soslayar que en tiempos recientes se ha verificado un mayor voluntarismo o activismo en el ámbito judicial, en parte nacido del principio de la expansividad de los

derechos, dejando de lado el razonamiento práctico propiamente tal, con el riesgo de traspasar los límites de las competencias de los órganos políticos y jurisdiccionales.

Bajo este entendido cabe preguntarse, como muchas veces se ha señalado en relación a las relaciones legislador-jurisdicción constitucional, cuál es el límite de la deferencia del Tribunal Constitucional con la jurisdicción ordinaria, en especial, los tribunales superiores de justicia y, viceversa. Desde luego, puede existir el riesgo de considerar invasiva la actuación del Tribunal Constitucional respecto de la potestad del juez ordinario, sin embargo, como se ha visto anteriormente, los límites de la inaplicabilidad son claros y más bien podría afirmarse lo contrario o al menos, la omisión de las resoluciones de inaplicabilidad.

Sin perjuicio de lo anterior, en los últimos años han ocurrido algunos casos que pueden ser interpretados como divergencias mas no de conflictos propiamente tales. Así analizaremos someramente los más relevantes para ver la forma de su resolución:

CASO 1. La Corte de Apelaciones de Valparaíso requirió de inaplicabilidad al TC respecto de la constitucionalidad del artículo 4° de la Ley N° 19.531 –que reajusta e incrementa las remuneraciones del Poder Judicial–, en el marco del recurso de protección interpuesto por don Mario Gómez Montoya (ministro de la misma corte) en contra de la Corporación Administrativa del Poder Judicial.

La STC Rol 1801-11, acogió la inaplicabilidad del precepto en cuestión, por estimar que su aplicación al caso concreto vulneraba la garantía del derecho a la igualdad ante la ley y del derecho de propiedad del requirente.

No obstante, la Corte Suprema (SCS Rol 4518-2011), conociendo de la apelación respecto de ese recurso de protección, decidió revocar la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones, indicando que la sentencia de inaplicabilidad no pudo producir efectos prácticos en el juicio de protección, por cuanto la recurrida (CAPJ) debía aplicar la ley vigente al tiempo de dictar el acto, por lo que éste no podía ser catalogado de arbitrario o ilegal, desconociendo la inaplicabilidad declarada por esta Magistratura.

CASO 2. En la dictación de la sentencia de la Corte Suprema Rol 2925-2017, relativa a un recurso de protección interpuesto en contra de Isapre Colmena por la negativa de esta a aceptar el cambio de plan a uno de menor valor, por parte de una contratante, el Máximo Tribunal citó en su considerando noveno, la jurisprudencia de esta Magistratura Constitucional contenida en la STC Rol 1710-10.

Frente a esta redacción, un Ministro y un Abogado Integrante, realizaron una prevención en orden a eliminar en el considerando 9° la cita jurisprudencial al Tribunal Constitucional, en su opinión “por tratarse de un tribunal político (en el estricto sentido de la palabra) y sus fallos no pueden constituir fuente de jurisprudencia para el Tribunal Máximo de la República como es la Corte Suprema”.

CASO 3. En este caso, la Corte Suprema, al acoger un recurso de protección interpuesto por un ciudadano húngaro quien alegaba que le había sido negada la solicitud de hora para contraer matrimonio con una ciudadana chilena por parte del Registro Civil por no contar con cédula de identidad para extranjeros, al registrar pendiente un decreto de expulsión del país desde 2010, señaló en su sentencia que los tribunales ordinarios tienen competencia para definir la vigencia de un precepto legal, puesto que tratándose de una norma constitucional posterior pueden recurrir al criterio temporal para resolverlo. De este modo, la Corte Suprema procedió a derogar tácitamente la disposición legal previa a la actual Constitución por tratarse en su concepto de una atribución propia y aplicando el criterio de que *lex posterior derogat priori*.

De este modo, desconoció que la atribución para declarar la inconstitucionalidad de una norma legal, incluso en caso de inconstitucionalidad sobreviniente, le corresponde al Tribunal Constitucional, toda vez en estricto rigor estábamos a un conflicto de constitucionalidad del precepto legal y que el criterio a considerar era más bien el de *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, y especialmente que la ley posterior general no era una ley común, sino la propia Constitución, debiendo en consecuencia recurrirse ante la magistratura constitucional, como por lo demás algunos ministros de la sala.

CASO 4. Otra problemática entre los Tribunales de Justicia y esta Magistratura Constitucional se ha visto en los requerimientos de inaplicabilidad interpuestos a propósito de la aplicación en causas penales normas del antiguo Código de Procedimiento Penal, las cuales –en muchos casos– no suponen una observancia plena de las garantías del justiciable. Junto con ello, se han criticado las suspensiones decretadas por este Tribunal, sin considerar que estas resultan necesarias para dar plena efectividad al pronunciamiento constitucional y así asegurar el debido respeto a la Carta Fundamental.

Así, esta Magistratura ha asentado un criterio en orden a entender que no obstante la aplicación de las normas del antiguo Código de Enjuiciamiento Penal, ello no puede constituir un obstáculo para que los jueces que conocen de las causas correspondientes, puedan aplicar aquellas garantías contenidas en el actual Código Procesal Penal, que resulten compatibles y que –lo más relevante desde la óptica de este Tribunal– resguarden de manera debida los derechos y garantías del justiciable establecidas en la Constitución y en este Código.

En este contexto, reveladoras de la tensión que se puede producir entre el Tribunal Constitucional y los Tribunales Superiores de Justicia, han sido los cuestionamientos a la facultad de suspensión de las tramitaciones en este tipo de causas, atribución que ha ejercido regularmente esta Magistratura Constitucional y que ha sido cuestionada en más de una oportunidad por estimar que a través de ella, solo se conseguiría dilatar en exceso la resolución de estas controversias, olvidando quienes cuestionan el ejercicio de esta facultad, que el primer objetivo de este Tribunal Constitucional es precisamente impedir la afectación de la Carta Fundamental y, en tal sentido, la decisión de suspender

la tramitación del proceso judicial en que incide el pronunciamiento de esta Magistratura tiene como única finalidad, procurar que la decisión que se adopte, produzca efectos en el caso concreto y permita evitar alguna transgresión a las garantías constitucionales, cuestión que no estaría siendo debidamente resguardada si se permitiera que el proceso judicial específico de que se trate, avance a tal punto que haga ilusorio el pronunciamiento constitucional.

CASO 5. A propósito de las acciones de tutela laboral interpuestas por funcionarios de la Administración del Estado, en las cuales los tribunales del trabajo se han abocado a su conocimiento y han resuelto las controversias aplicando disposiciones de orden privado laboral, extendiendo la supletoriedad a que se refiere el artículo 1° inciso tercero del Código del Trabajo, pese a las características estatutarias especiales del vínculo entre los servidores públicos y el Estado. De esta forma se desconoce la normativa que regula a los funcionarios y por la vía de una interpretación judicial, se les aplican disposiciones que no fueron concebidas para ellos, apartándose de la plena observancia del principio de supremacía constitucional y legalidad, en los términos resueltos por esta Magistratura en la STC 3853.

Como se sabe, ante esta sentencia, la tercera sala de la Corte Suprema, por vía de apelación acogió a tramitación un recurso de protección interpuesto por una Asociación de Funcionarios en contra del Tribunal Constitucional, el cual había sido declarado inadmisibles por la Corte de Apelaciones de Santiago, desconociendo de este modo la normativa constitucional y legal que dispone que en contra de sus sentencias no procede recurso alguno.

Finalmente, y tras un reiterado rechazo de la Corte de Apelaciones, la tercera sala del máximo tribunal resolvió no acoger el recurso no sin dejar de declarar que, en cualquier caso, cualquier juez estaría facultado para decidir si un fallo del Tribunal Constitucional es obligatorio o no, calificando si este órgano actuó o no dentro de sus competencias. Como se puede apreciar, esta opinión de una parte de la tercera sala, aunque evidentemente no concuerda con el actuar del Pleno de la Corte Suprema, resulta abiertamente contraria a la Constitución y niega la existencia del actual sistema constitucional de control concentrado y no difuso de constitucionalidad radicado en el Tribunal Constitucional. En estricto rigor, como ya se explicado anteriormente, cada vez que un juez tiene una duda razonable sobre la constitucionalidad de un precepto legal aplicable y decisivo en una gestión de que conozca, debe requerir al Tribunal Constitucional para que éste resuelva la cuestión.

Lo anterior, no obsta a reconocer que existe un ámbito de encuentros en el ejercicio de la labor jurisdiccional que puede llevar a confusión respecto de los alcances de las atribuciones o competencias de ambas jurisdicciones. Así se da, concretamente, en la resolución de las acciones constitucionales de competencia propias de los tribunales superiores de justicia, como son la protección y el amparo, que garantizan derechos fundamentales vulnerados, con ocasión de acciones u omisiones ilegales y arbitrarias.

La resolución de ambos recursos implica para los tribunales de justicia competentes, dilucidar la existencia o no de las referidas ilegalidades, lo que significa un juicio en relación a la vulneración del principio de legalidad. Sin embargo, luego, el razonamiento debe incursionar en la determinación de la vulneración de los derechos fundamentales, ámbito en el cual obviamente, los tribunales superiores de justicia deben considerar una interpretación de la forma en que tales derechos constitucionales han sido amagados, lo cual no necesariamente debiera importar una interpretación constitucional propiamente tal, pues, lo fundamental es la verificación de que los actos u omisiones sean o no ilegales.

Esto se diferencia de la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional, el cual, al contrario de lo anterior, en la resolución de sus potestades jurisdiccionales en materia de inaplicabilidad, debe centrar su esfuerzo analítico y argumental, en contrastar el precepto legal ante la Constitución. Como se puede apreciar, no debiera confundirse el ámbito de interpretación de tales órganos jurisdiccionales, en el que los primeros siguen operando en el nivel del análisis legal, mientras que el segundo, opera sobre la base de la hermenéutica constitucional. Incluso, para un mayor entendimiento y colaboración interinstitucional en pos de la efectiva garantía de los derechos fundamentales, las cortes debieran considerar mayormente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, considerando su rol de máximo intérprete de la Norma Fundamental.

III. ¿Necesidad de un diálogo entre tribunales o un debido respeto institucional?

A la luz de las circunstancias expuestas y de las consideraciones sobre la naturaleza orgánica y procesal de ambas jurisdicciones, algunas voces hablan de un diálogo institucional como forma de acuerdos o de limar esas asperezas que surgen por las incomodidades o suspicacias judiciales, ya sea por asuntos de competencias o de interpretaciones jurisprudenciales.

Para entender el sentido original del diálogo, hay que remontarse a los famosos diálogos platónicos, que consistían en conversaciones o deliberaciones argumentales. En ese sentido, un diálogo es también una discusión o contacto que surge con el propósito de lograr un acuerdo. Los diálogos pueden ser entre uno o más sujetos, partes o instituciones (por definición etimológica de la palabra), que exponen sus ideas de modo alternativo para intercambiar posturas.

El diálogo entre tribunales como lo ha señalado Juan Antonio Xiol Ríos (Tribunal Constitucional y Diálogo entre Tribunales, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013), constituiría un creciente proceso de intercambio de argumentos y de recíproca influencia entre los tribunales interestatales o entre éstos y los tribunales internacionales. Por su parte, Gonzalo Aguilar explica que *“El diálogo entre jueces pretendería significar una plática entre dos o más jueces u órganos jurisdiccionales, que alternativamente manifiestan sus ideas, en busca de avenencia. En este ámbito, ¿Por qué hablar de diálogo? Normalmente entre los jueces internos de un Estado, ordenados según una estructura jerárquica, no hay diálogo, sino más bien subordinación y acatamiento. En el orden jurídico interno, se*

podría producir eso sí un diálogo entre jueces del mismo grado (Diálogo entre Cortes. A jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita, VVAA. Brasília 2015, pp. 153).

Las reglas del diálogo dependerán de la finalidad del mismo. Así se habla de diálogos: persuasivo, de investigación, de descubrimiento, informativo, erístico o deliberativo. Este último nace de una situación en el que se produce un dilema sobre una actuación práctica, y cuyo método es coordinar objetivos y acciones y, finalmente, conseguir el mejor curso posible de acción. En el ámbito del derecho público se habla también de dos formas de diálogo vinculadas al diálogo deliberativo: el participativo y el institucional, propio de las instituciones e inspirado en las reglas del buen gobierno, lograr que la actividad de las instituciones se desarrolle con coherencia y eliminando obstáculos.

Xiol Ríos ha destacado la existencia de un diálogo clásico, vertical (entre tribunales inferiores y superiores, llamados a corregir errores y unificar la aplicación de la ley) u horizontal (entre tribunales de un Estado de un mismo o análogo grado, para dirimir cuestiones de jurisdicción o competencia entre ellos). También, en la actualidad se viene desarrollando una diversa forma de diálogo, a través de las referencias que pueden hacer órganos jurisdiccionales a las sentencias que emanan de uno u otro. Sin embargo, este diálogo opera más en un ámbito multinivel, es decir, entre tribunales de distintas jurisdicciones internacionales y con referencia a jurisprudencia extranjera.

En cuanto al diálogo entre tribunales nacionales pertenecientes a distintos órdenes jurisdiccionales en nuestro país, éste podría darse entre el Tribunal Constitucional y los Tribunales de Justicia. Pero, para entenderlo en tal calidad, necesariamente debería ser institucional y no individual, cuando existiese alguna discrepancia entre ellos y orientarse a una conversación o deliberación argumental con el fin de alcanzar acuerdos. En los casos de desacuerdos, como los analizados precedentemente, no se ha producido el diálogo institucional, pues, resulta incompleto y nos encontramos más bien ante una manifestación de voluntad particular, de algún juez o ministro de los tribunales de justicia o de alguna sala de Corte, sin hacerse cargo de una manera argumentativa propiamente tal, sino, más bien, mediante una crítica unilateral de ribetes personales. Con sabiduría, el ensayista español Eugenio D'ors, (*De la amistad y del diálogo*), explicaba que el diálogo se produce cuando alguien toma en cuenta el pensamiento ajeno, lo incorpora al suyo y establece un contraste que lo lleva a manifestar su aceptación u oposición a tal idea o pensamiento.

En fin, lo que se ha visto en el último tiempo son discrepancias particulares, más que un conflicto entre las instituciones o una *“guerra de cortes”*; algunas veces derivadas de una incomodidad o suspicacia sobre el contenido de determinadas resoluciones e interpretaciones, en el contexto antes señalado de una eventual deriva hacia un activismo judicial. Probablemente, por eso Kelsen sostuvo que, más allá de la retórica acerca de la separación de poderes, existe un importante argumento para apoyar el modelo centralizado de justicia constitucional: el que apela a la seguridad jurídica.

El sistema constitucional de reparto de competencias funciona bien en la medida en que se respetan los alcances y límites de cada uno de ellos. Ambas jurisdicciones deben verse como

complementarias tras el mismo objetivo de otorgar tutela efectiva a los derechos fundamentales, pero asumiendo sus distintas jurisdicciones y competencias, formas de conocer y niveles de sus respectivas interpretaciones. Aún más, la jurisdicción ordinaria debe ver a la inaplicabilidad como coadyuvante en la gestión judicial, en cuanto el proceso que se tramita cumpla con las garantías constitucionales de un debido proceso. Sin embargo, es preciso reconocer que son dos jurisdicciones que operan en distintos niveles y que conscientes del ámbito de sus competencias y potestades, es decir, respetando las ajenas y actuando dentro de las propias, ejerciéndolas con razonabilidad y ponderación, sin activismos, el sistema debiera funcionar correctamente. Al respecto, se ha dicho que cuando los tribunales supremos se centran demasiado en casos constitucionales, o sea, se transforman en tribunales constitucionales, abdican de su papel de tribunal supremo, dejando de atender a las otras ramas del ordenamiento jurídico, lo que es perjudicial para la función como máximo intérprete del derecho ordinario que es su función esencial (Víctor Ferreres Comella, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid 2011).

En tal sentido, el justo balance entre los intereses de los órganos involucrados en esta clase de disyuntivas obliga, en primer lugar, a todos los actores a asumir una actitud de respeto a la Carta Fundamental, teniendo presente que la observancia de ésta, será siempre la guía y marco que encauce el actuar de los distintos actores de la judicatura nacional.

3. “GUERRA DE CORTES” O “ESTADO DE TENSION”: una crónica acerca de la tensión entre la Tercera Sala de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional

Francisco Zúñiga Urbina¹

I. Proemio

La tensión planteada entre la Tercera Sala de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional no es una “guerra de cortes” ni un “choque de trenes” y menos aún una “contienda de competencias” o “traslape de atribuciones”, sino un estado de natural de roce entre tribunales supremos, que comparten la defensa jurisdiccional de la Constitución, un orden judicial (Poder Judicial) concentra la guarda de derechos fundamentales de procesos de amparo de fuente constitucional o legal y otro orden judicial (Tribunal Constitucional) concentra la guarda del control de constitucionalidad abstracto y concreto de normas (Kelsen)². La concentración del control de constitucionalidad por la reforma de 2005 a la Constitución, sólo concierne al control de normas (abstracto-concreto, preventivo-represivo, preceptivo-facultativo) y su monopolio por el Tribunal Constitucional, exorbitando las competencias de jurisdicción constitucional a esta sola judicatura.

En esta defensa jurisdiccional de la Constitución, tanto el Poder Judicial (y ciertamente la Tercera Sala de la Corte Suprema) como el Tribunal Constitucional, están dominados por la patología del activismo judicial; de “izquierdas” (inclinada a la super-protección de derechos fundamentales y derechos humanos) y de “derechas” (inclinado a servir al poder gubernamental o a minorías privilegiadas). El recetario para combatir el activismo judicial (que es un conjunto de definiciones institucionales acerca de las competencias de control y su ejercicio, tales como presunción de constitucionalidad y de legalidad, cuestiones políticas no justiciables, deferencia razonada, corrección funcional, entre otras) enderezado a curar o suprimir la patología, tiene como principio activo el “*self restraint*” o auto-limitación de los tribunales del sistema judicial que equivale a una posición y autocomprensión de los órganos jurisdiccionales; pero que como principio activo no se observa

¹ Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Chile.

² KELSEN, HANS, “*La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*”, en “Escritos sobre la democracia y el socialismo”, Edit. Debate, Madrid, 1988, pp. 109-155. Del mismo autor: “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, Edit. Tecnos, Madrid, 1995, pp. 54-57.

como un medio muy apropiado, a lo sumo morigeradora o contiene temporalmente los desvaríos activistas más groseros. Ello se produce limitadamente –el efecto morigerador–, pues el activismo es un patología que se arraiga de la mano del dulce acrecentamiento de poder político de los jueces, y que se integra a un cuadro mayor de dificultades severas en el arreglo institucional.

El activismo judicial es, a mi juicio, el problema real del sistema judicial hoy, visibilizado por la sentencia de protección de la Tercera Sala de la Corte Suprema, que en un *obiter dicta* pretende usar el recurso de protección como un remedio de control o revisión de sentencias del Tribunal Constitucional, y de otros actos del poder estatal. Es un “estado de tensión” que puede tener un resultado virtuoso: re-equilibrar tribunales supremos dominados por un *ethos* activista. En consecuencia, el problema no reside en la “vulgarización del derecho” versus “sostitución del derecho”, como amenaza al Estado de Derecho; “vulgarización”, por lo demás, que en nuestro país tiene décadas (de la mano de la evolución jurisprudencial del recurso de protección y de los numerosos amparos de derechos de fuente legal) y es consecuencia de múltiples causas.

Sin embargo, en el activismo judicial –patología que aqueja a todo el sistema judicial– bulle un mar de fondo; se visibilizan los problemas institucionales y déficits de legitimidad de nuestro sistema político democrático y la decadencia de las élites del sistema, que conlleva someter a tribunales conflictos políticos; que deberían ser compuestos en la escena política y por sus agentes. Ahora bien, el vértigo activista se hace permanente en los tribunales del sistema judicial en contextos de crisis social, desprotección social relativa (en especial en materia sanitaria o de empleo), desigualdad social, y otras lacras de la modernización capitalista; frente a las cuales la Administración estatal es poco eficiente, los recursos públicos limitados y que deben ser asignados por el presupuesto en función de las definiciones gubernamentales, y finalmente, una cierta frustración provocada por políticas públicas necesariamente graduales y que periódicamente deben ser evaluadas. De este modo, emerge un nuevo estamento de jueces-políticos togados, sin representación, sin partidos, sin sujeción a políticas públicas y su legalidad, y sin responsabilidad política; que adjudican para casos concretos incrementando paradójicamente la desigualdad entre los que tienen acceso a una justicia “distributiva” y quienes no; y de esa manera alejándose del fin de bien común y del interés general que son fines del Estado y de los servidores públicos.

El activismo judicial es como el “huevo de la serpiente”, a través de su fina membrana se observa un réptil en gestación completamente desarrollado, un réptil capaz de digerir el derecho –sus reglas–, los procedimientos judiciales, y la dogmática jurídica en aras de la “justicia material”. Y con ello, corroer “la forma del poder”, el Estado de Derecho, el imperio de la ley y la forma republicano-democrática que asumen dichas formas de Estado.

Paradójicamente, el activismo judicial corroer las instituciones del sistema democrático no en solitario, sino en interacción con otros factores destructores del sistema, e invita a copar, intervenir, orientar la generación del sistema judicial, incidiendo en el reclutamiento de jueces, su formación profesional, carrera y en el contenido de sus decisiones, socavando tal ingerencia, usualmente

gubernativa, la independencia e imparcialidad de los órdenes judiciales, para usar a los tribunales como artefactos ortopédicos de decisiones políticas. Y una buena demostración de esta deriva (activismo de “derechas”) es el hiperpresidencialismo o los golpes de Estado parlamentarios disfrazados de impeachment en nuestra América Latina, y que han contado con la anuencia o colaboración del sistema judicial.

En suma, la mentada “guerras de cortes” o “choque de trenes” (expresiones usadas en Italia, España y Colombia) son expresiones para el bronce usadas por los medios y sus articulistas; a no tomarse en serio; designan fenómenos propios de otros países como Italia con una “Constitución inactuada” de 1947 (Calamandrei), y por ende, con una Corte Constitucional tardíamente instalada (1957), en que el nexo tribunales – Corte Constitucional está dado por un control concreto-abstracto vía cuestión de inconstitucionalidad, en la que el juez del fondo es el “portero” del control de normas, pero las decisiones estimatorias son depuradoras del ordenamiento jurídico, en especial de las subsistencias normativas del orden político del fascismo itálico de época y en España el nexo tribunales – Tribunal Constitucional se da vía amparo extraordinario de derechos fundamentales, y también vía cuestión de inconstitucionalidad³.

En nuestro país el “estado de tensión” es inevitable y necesario, dado que las sentencias estimatorias del Tribunal Constitucional en sede de inaplicabilidad, si bien son obligatorias e irrecorribles, van dirigidas al tribunal de la gestión pendiente, asumiendo la modalidad de “control de interpretaciones” de normas, que en el caso concreto producen resultados inconstitucionales, dejando al juzgador de fondo un margen de discreción judicial decisional (interpretativo e integrativo) de normas conforme a la Constitución. El “control de interpretaciones” es precisamente el meollo del control concreto de normas, que se monta en la distinción enunciado-regla de derecho (norma legal); por lo que el Tribunal Constitucional construye el juicio de legitimidad de normas en el control concreto declarando que una aplicación-interpretación de la norma legal en la gestión pendiente es inconstitucional por sus contradictoriedad con la Constitución, pero siempre conectada al factum de la gestión. En el control concreto la norma o regla de derecho es uno de los significados posibles del enunciado, y sobre tal significado se determina, en el caso concreto, su contradictoriedad con una norma iusfundamental de la Constitución, y el juicio de legitimidad de la sentencia tiene efectos relativos o interpartes. De esta suerte, la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deja a salvo el enunciado (norma) y solo obliga a no aplicar una regla determinada o hipotética; todo a diferencia del control abstracto que es objetivo, principal, preventivo

³ CALAMANDREI, PIERO (2013), *La Constitución inactuada*, Madrid, Editorial Tecnos, Estudio preliminar y traducción de Perfecto Andrés Ibáñez.. Del mismo autor (1973) Estudios sobre el proceso civil (trad. S. Sentís Melendo), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa - América, Vol III, en especial su trabajo “La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil”, pp 21-120.

o represivo, y, la sentencia estimatoria es en sus efectos personales general o erga omnes, con un alcance depurativo y nulificador de normas.

En suma, el Tribunal Constitucional no llega a dictar sentencias estimatorias de inaplicabilidad "supercasatorias", y por ello las decisiones de esta judicatura tienen relevancia variable en las decisiones de los jueces del fondo, pues reside en éstos la potestad de modular los efectos directos (inaplicación) e indirectos de las sentencias. La jurisprudencia del tribunal Constitucional ha sido consistente acerca del alcance de la sentencia en el control concreto del N° 6 e inciso undécimo del artículo 93 de la Constitución; señalando que no puede decidir la gestión pendiente, solo medir la relevancia de las normas que se impugnan, de suerte que el asunto: "debe ser resuelto por los jueces que conocen de la causa en que incide el requerimiento, los cuales han de determinar la forma de decidir la controversia sometida a su decisión, competencia que este Tribunal está obligado a respetar en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 7° de la Constitución y en conformidad con el principio de deferencia razonada hacia los poderes del Estado" (STC rol N° 1678, cons. 7° y 8°, y SSTC roles n° 1716,, 1925, 2080, 2553, 2418, 2451, 2461).

En consecuencia, no es el recurso de protección la vía para revisar las sentencias del Tribunal Constitucional, sentencias que insistimos son obligatorias e irrecurribles (arts. 94 inciso primero de la Constitución y 41 de la LOCTC), en cuanto pudieran lesionar derechos fundamentales, sino que son los jueces del fondo, en los procedimientos y etapas correspondientes a la "gestión pendiente", los que deben modular los efectos de las sentencias estimatorias de inaplicabilidad. Con todo, la Tercera Sala de la Corte Suprema sigue razonando en clave de entender posible una acción cautelar frente a decisiones del Tribunal Constitucional, ya que con fecha 5 de noviembre de 2019 confirmó la inadmisibilidad por extemporaneidad de un recurso de protección entablado contra una sentencia del TC (STC rol N° 3892-17-INA), sentencia estimatoria parcial por artículos 1° inciso 4°, 485 y 489 del Código del Trabajo), auto de inadmisión decretado por la sala tramitadora de la Corte de Apelaciones de Santiago (rol N°68.126-2019 de 9 de agosto); pero en que la inadmisión de esta sala se fundaba en la inidoneidad de la acción.

Tal modulación es un ejercicio casi cromático, dado que la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de normas legales en el control concreto solo concierne a la regla de derecho y no al enunciado; y consecuentemente, en base al enunciado (norma legal) el juez del fondo puede fallar la cuestión incidental o principal sometida en la gestión del caso en base a una nueva regla de derecho o en base a otras normas legales, y ajustando su decisión a una interpretación conforme a la Constitución. Esta distinción enunciado-regla de derecho a propósito de las normas legales enjuiciadas en su legitimidad constitucional cobra capital importancia, como destaca Rubio Llorente (y en nuestro medio Gómez), al diferenciar la inaplicabilidad (control concreto) de la inconstitucionalidad (control abstracto); distinción que a nuestro juicio es un déficit argumentativo de la sentencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema de 7 de octubre de 2019 que motiva este comentario.

Luego, en lo atinente a nuestra ponencia será la Cuarta Sala de la Corte Suprema, que conociendo del recurso de unificación en materia de tutela laboral de funcionarios públicos (rol N°37.905-17), la que deberá modular los alcances de la sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional (rol N° 3.583-17) acerca de esta muy debatida cuestión litigiosa y que inclusive es materia hoy de un proyecto de ley iniciado por moción de ley interpretativa para dar cobertura de juridicidad a la supletoriedad de la tutela laboral del Código del Trabajo (artículos 1° y 485) a los funcionarios regidos por derecho estatutario (proyecto en segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados, boletines N° 9476-13, 12322-13 y 12327-13).

II. Desarrollo del conflicto

Primer acto: la “declaración pública” del Tribunal Constitucional

De forma casi inédita, el pleno del Tribunal Constitucional emitió el pasado 8 de octubre de 2019, una “declaración pública” de tipo institucional, refiriéndose a la sentencia rol N°21.027, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema el 7 de octubre de 2019.

En el documento, subido al portal web de la magistratura constitucional, señalan: “nos sorprenden los argumentos de la mayoría de dicha Sala que pretenden rediseñar el esquema de competencias constitucionales, en particular: habilitando el recurso de protección contra sentencias del Tribunal Constitucional; otorgando competencias al juez ordinario para revisar qué parte del contenido de nuestras sentencias es vinculante y, en consecuencia, sugiriendo que actuamos fuera de la Constitución” añadiendo “cabe precisar que en el ejercicio de garantizar el principio de supremacía constitucional, corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional, de acuerdo al artículo 93N° 6 de la Ley Fundamental, declarar la inaplicabilidad de los preceptos legales cuya eventual aplicación, en una gestión judicial, produzca un efecto contrario a la Constitución. Resuelto que fuera lo anterior, por disposición de su artículo 94, no procede recurso alguno en contra de las resoluciones emanadas del Tribunal Constitucional, cualquiera sea la vía a través de la cual se intente revisar lo resuelto”.

Como justificación de la “declaración”, añaden en su párrafo final: “Declaramos lo anterior en la certeza de que no está en juego quién tiene la última palabra, conforme al principio de separación de poderes, sino como testimonio de lealtad a nuestro juramento o promesa de respetar la Constitución Política de la República de Chile”.

A esta casi inédita “declaración” del Tribunal Constitucional, respondieron también de forma inédita o inusual tres de los ministros de la Tercera Sala de la Corte Suprema, con excepción de la ministra María Eugenia Sandoval, quien no suscribió el documento publicado en el portal del Poder Judicial.

En el párrafo f) de esa declaración, fechada en 10 de octubre de 2019, señalan: “La autonomía constitucional del referido tribunal no excluye la revisión judicial posterior por medio de la acción constitucional de garantía de derechos fundamentales que la Carta Política contempla, puesto que no ampara aquellas que se han realizado al margen de las atribuciones confiadas por la Constitución o la ley;”, agregando en el apartado tercero del comunicado que “[c]onforme lo regula el Código Orgánico de Tribunales, para el ejercicio de sus competencias, la Corte Suprema se encuentra dividida en Salas y cada una de ellas representa a toda la Corte”.

Finalmente, tercia en socorro del Tribunal Constitucional, en el nutrido cruce de declaraciones y contradecaraciones, la declaración del Colegio de Abogados, recordando “... las varias ocasiones en la historia de Chile...” en que ha alzado la voz frente a situaciones en que “un poder del Estado ha intentado concentrar el poder”, y afirma “un Poder Judicial que invade progresivamente las competencias de otros órganos constitucionales debilita el Estado de Derecho llamado precisamente a proteger, creando incertidumbre jurídica y poniendo en riesgo la defensa eficaz de los derechos de los ciudadanos y su actuación en el desarrollo de las actividades” (15-X-2019). El Colegio de Abogados no es feliz en su apelación a la historia de sus declaraciones (las que tienen más de una lectura) e incurre en el error conceptual de constatar una supuesta invasión de competencias del TC, suponiendo un monopolio de la jurisdicción constitucional que no es tal; ni antes ni después de la reforma constitucional de 2005. Es ocioso insistir que en nuestro sistema institucional tenemos dualidad de judicatura en materia de jurisdicción constitucional y, por ende, no se produce la mentada “invasión de competencias”.

Segundo acto: decisiones de la Tercera Sala de la Corte Suprema en sede de protección

El preludeo del primer acto se había producido el 20 de febrero de 2019, cuando la Tercera Sala de la Corte Suprema, conociendo en sede de apelación de la admisibilidad del recurso de protección, resolvió revocar el auto de inadmisibilidad pronunciado en cuenta por la sala tramitadora de la Corte de Apelaciones de Santiago, ordenando conocer del recurso, invocando el siguiente motivo: “[q]ue del mérito de los antecedentes aparece demanifiesto que en el libelo interpuesto en autos se han mencionado hechos que eventualmente puedan constituir la vulneración de garantías de las indicadas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, razón por la que el recurso debió haber sido acogido a tramitación. (cons. 3°)

Admitido a trámite el recurso, éste fue desestimado por la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N°566-2019), la que en el considerando tercero de la sentencia de fecha 10 de julio de 2019 señala: “[q]ue al tenor de lo señalado surge como necesaria conclusión que el recurso no puede prosperar, pues variadas razones concurren para ello. Desde luego, agrega la Corte, al solicitarse que se deje sin efecto la sentencia, se desconoce el mandato contenido en el artículo 94 de la

Constitución, en cuanto que contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procede recurso alguno. Ante tan claro precepto que en términos absolutos niega toda posibilidad de impugnación, no se divisa de que manera pudiera prosperar un recurso, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.

Reiterando este argumento la Corte de Apelaciones de Santiago indica que es menester tener en consideración lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuando señala que “... éste es un órgano del Estado, autónomo e independiente de otra autoridad o poder”. Así, entonces, como podrán revisarse los fundamentos de su fallo y, más todavía, dejarlo sin efecto, sin afectar gravemente su autonomía e independencia.

Otro argumento a tener en cuenta, dice relación con la naturaleza del recurso intentado. Como es sabido, puntualiza la Corte, se trata de una acción cautelar de urgencia, llamada a disponer medidas con igual carácter, que afecten o perturben derechos constitucionales indubitados, lo que por cierto no ocurre en la especie, pues lo pretendido es que se emita un pronunciamiento sobre la materia que fue objeto del requerimiento, opinión que para el caso de ser discrepante, debiera prevalecer por sobre lo resuelto en su sentencia por el Tribunal. Ciertamente, lejos está de poder considerarse que se trate de una cuestión de carácter cautelar. Debe agregarse a lo dicho, que resolver como lo pretende el recurrente daría lugar a que, eventualmente, debiera pronunciarse como tribunal de segunda instancia la Excm. Corte Suprema, que de esta manera revisaría lo actuado por un órgano que está expresamente excluido de su superintendencia, correccional y económica, según lo manda el artículo 82 de la Constitución Política”⁴.

Apelada por la parte recurrente ante la Corte Suprema, la Tercera Sala del supremo tribunal dictó la sentencia rol N°21.027-2019 el 7 de octubre de 2019, confirmando la decisión de la Corte de Apelaciones capitalina, pero suprimiendo el considerando tercero (la *ratio decidendi* del fallo apelado).

De esa sentencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema, resultan centrales sus considerandos cuarto y séptimos, que en cuanto *obiter dicta* a continuación transcribimos, y que constituyen los argumentos basales del pronunciamiento incidental, pero centro de gravedad de la decisión en lo atinente al recurso de protección y la relación de los tribunales de amparo y Corte Suprema por una parte y el Tribunal Constitucional por otra:

Cuarto: Ponderación general de la sentencia recurrida. Los razonamientos expuestos por la Corte de Apelaciones son equivocados, constatándose que subyace en ellos una errada concepción respecto de la naturaleza de la presente acción constitucional como asimismo una incomprensión del planteado en el recurso.

⁴ Sentencia de la tercera sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, integración: ministros Carlos Gajardo (redactor del acuerdo), Paola Robinovich y abogado integrante Jaime Guerrero.

En efecto, como se señaló, la presente vía constituye una acción de cautela de derechos fundamentales, pues busca dar amparo judicial efectivo y oportuno a quienes ven vulneradas sus garantías constitucionales producto de actos u omisiones ilegales y/o arbitrarios.

Lo anterior es relevante, toda vez que el presente amparo constitucional, de modo alguno, más allá de su denominación, puede ser entendido como un "recurso" que permita revisar lo resuelto por tribunales ordinarios o especiales, puesto que, el objeto del presente arbitrio se vincula, como se señaló, con la constatación de actos u omisiones de carácter ilegal y/o arbitrarios.

En consecuencia, el artículo 94 de la Carta Fundamental no impide que la presente acción pueda prosperar, toda vez que la acción de protección no puede ser entendida como un recurso cuyo objeto sea enmendar lo resuelto por el Tribunal Constitucional, sino que propiamente, conforme a su naturaleza, es una acción constitucional cuyo objeto preciso es determinar si la actuación impugnada incurrió en una vulneración de la Constitución y la ley, en el caso de autos, al señalar los actores que el órgano constitucional excedió al ámbito de sus competencias.

Séptimo: Ámbito del recurso de protección y competencia de los jueces del fondo. El examen propuesto por el actor no puede ser efectuado en esta sede cautelar, pues aquello debe ser objeto del análisis del juez que debe resolver la gestión pendiente, toda vez que es en tal sede en la que se debe verificar qué parte del pronunciamiento del Tribunal Constitucional es vinculante y obligatorio por emanar del ejercicio de las atribuciones que la Constitución y la ley le han entregado y, en consecuencia, es el juez de la causa, en el caso concreto, los integrantes que concurrieron a la vista de la causa Rol CS N° 37.905-2017, los que deben determinar el alcance de la sentencia del Tribunal Constitucional Rol 3853-17-INA, para efectos de resolver el recurso de unificación de jurisprudencia que se encuentra pendiente ante ellos. Es por ello que, al estar radicado el conocimiento de los antecedentes ante el tribunal competente, excluye la necesidad de cautela urgente, cuestión que determina que no se cumplan las exigencias previstas para la procedencia del presente recurso de protección.

Además, se debe precisar que los actores han solicitado no sólo la constatación y declaración de ilegalidad de la actuación del Tribunal Constitucional sino que se requiere se ordene que, en lo sucesivo, se abstenga de emitir pronunciamientos que determinen la inaplicabilidad del procedimiento de tutela de derechos fundamentales previsto en el artículo 485 del Código de Trabajo a empleados públicos. Tal declaración no puede ser realizada, no sólo por lo reseñado en los fundamentos precedentes, sino porque, además, no puede esta Corte señalar al Tribunal Constitucional, órgano autónomo, cómo debe ejercer sus facultades, sin que, por lo demás, deba recordarle que en el ejercicio de aquellas debe respetar la Constitución y la ley.

A la sentencia adoptada por mayoría, se suma una prevención del ministro y presidente de la Tercera Sala de la Corte Suprema Sergio Muñoz G., en donde expone latamente su visión acerca de la naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que se enlazaría exclusivamente –a juicio del ministro Muñoz– “con la determinación de la constitucionalidad del

precepto mismo y no si la interpretación que de él estén en condiciones de realizar los tribunales ordinarios puede afectar disposiciones de la Carta Fundamental” (cons. 1°), añadiendo que el TC habría excedido sus atribuciones, al intentar imponer una única interpretación de los preceptos atacados por la vía de inaplicabilidad. (cons. 4°)⁵.

⁵ Prevención del Ministro Sr. Muñoz: “Se **previene** que el Ministro señor Muñoz, tiene, además, presente para rechazar el recurso:

1°.— Es evidente que la causa plantea una confrontación entre la autonomía del Poder Judicial, en el ejercicio de sus potestades jurisdiccionales, las cuales determinan que es el juez de la causa, al aplicar la ley, quien fija el alcance de la misma, entregándole un sentido vinculado al caso concreto, cuestión que claramente queda al margen del análisis de la acción de inaplicabilidad del artículo 93 N° 6 de la Carta Fundamental, que se enlaza exclusivamente con la determinación de la constitucionalidad del precepto mismo y no si la interpretación que de él estén en condiciones de realizar los tribunales ordinarios puede afectar disposiciones de la Carta Fundamental, cuestión, esta última, que Constitución Política de la República no ha conferido al Tribunal Constitucional, por lo cual no es posible que sea resuelta a través de esa vía, esto es, por carecer el Tribunal Constitucional de competencia atribuida por el Constituyente.

2°.— Específicamente el contencioso previo de interpretación constitucional de un precepto legal, no ha sido confiada al Tribunal Constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, el cual no contempla una acción específica respecto de esa materia, competencia que sí ha sido reconocida en diferentes sistemas comparados a los tribunales constitucionales, pero no en el nuestro. Todo lo contrario la Constitución Política de la República dispone imperativamente los principios de supremacía constitucional, aplicación directa de las normas fundamentales e interpretación de las disposiciones de inferior jerarquía conforme Código Político, respecto de toda persona, institución, órgano estatal o grupo, los cuales deben someter su acción a ella, sin excepciones. No obstante lo anterior, ante cualquier intromisión en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales propias de los tribunales ordinarios, como es la interpretación de la ley, por imperativo constitucional están llamados a ejercer sus competencias sin limitaciones. Concuerda este Ministro con la determinación que la ponderación de la integridad de los antecedentes, incluido el expresado, corresponde a los magistrados que están llamados legalmente a conocer del caso concreto, por lo que la cuestión planteada se encuentra al amparo del derecho, sin que proceda, en tales circunstancias, emitir pronunciamiento perentorio por esta vía sobre la materia.[...]

4°.— El planteamiento anterior, simplíficamente expuesto, nos refleja con toda claridad que la resolución de la materia sometida al Tribunal Constitucional excede su competencia, puesto que es precisamente un tema que puede ser objeto de diferentes interpretaciones, primero para aplicar el procedimiento de tutela laboral a los empleados públicos y luego precisar si tal interpretación está de acuerdo con la Carta Fundamental. En esta última determinación, si se observa bien, el Tribunal se constituye en revisor de la interpretación planteada, al no existir norma perentoria al respecto: a) Conforme a un positivismo suave, siguiendo a Hart, evento en el que deber conocerse discrecionalidad al juez, que deberá guiar su determinación según los valores asociados a la materia, ob) Mediante el ejercicio de sus potestades por el juez, pero en sentido débil, siguiendo a Dworkin, caso en el que corresponderá tener en consideración la distinta entidad de los principios que inspiran la materia, desde que el Estado, en este caso la Administración, está al servicio de la persona humana, a quien se le reconoce dignidad y derechos, por lo cual cobra preponderancia la protección de los trabajadores, haciendo abstracción del régimen al que estén adscritos, laboral o estatutario. Por el contrario, el intérprete podrá hacer primar la función pública de la Administración, en que resulta preeminente la naturaleza estatutaria del régimen al cual están adscritos los funcionarios, la cual ciertamente en nuestro país se encuentra superada, en que la protección de la maternidad y otros fueros de los funcionarios ante la conclusión intempestiva de las labores es ejemplo claro de ello. En una profundización del análisis se impone una nueva determinación interpretativa de carácter legal, sobre la competencia de los tribunales laborales para resolver la tutela que le ha sido requerida por funcionarios de la Administración municipal. Preciado el punto y excluyendo dicha competencia, sea implícita o explícitamente, se realizará posteriormente un análisis de correspondencia constitucional de esta interpretación. Sin embargo, esta decisión no es posible resolverla únicamente a la luz de los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, puesto que resulta imperioso determinar el entendimiento de la competencia de los tribunales que integran el Poder Judicial, en cuanto al

Tercer acto: de la "preocupación y perplejidad" al "encapsulamiento", pasando por la "contienda de competencias"

Las reacciones frente a nuestro *leading case* que alimenta el "estado de tensión" entre la Tercera Sala de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, son expresiones de distintos estados de ánimo o percepciones frente a un estado "natural" de relaciones entre tribunales supremos. Un estado "natural" o mejor dicho un estado de relación previsible, necesario y hasta virtuoso.

Un estado de ánimo cauteloso de "preocupación o perplejidad" proviene de los medios (v. gr. El Mercurio, en su editorial de 10-X-2019), de la prensa escrita en general; alejada usualmente de los problemas institucionales; pero que aparece inquieta por la "creación de normas" por los jueces y el activismo judicial; cargándole las tintas al Poder judicial (v.gr. La Tercera, en su editorial del 13-X-2019). Los articulistas han vertido suficiente tinta acerca del "choque de trenes" con cierto frenesí o exceso, indagando en las causas o motivos del presidente de la Tercera Sala de la Corte Suprema acusado de "narcisismo" e irresponsabilidad; o en defecto otros articulistas de un medio electrónico acusan al Tribunal Constitucional de ser un actor político "... torpe y descuidado que ha ido tensando los límites de sus propias atribuciones" (El Mostrador, 17 de octubre de 2019) o de activismo de dicho Tribunal bajo la fórmula, propia de un melómano, "el culpable soy yo" (El Mostrador, 18 de octubre de 2019).

Una percepción tremendista proviene del Gobierno y sus ministros que advierten "preocupación", y una sutil amenaza de reformar la Constitución y la legislación orgánica constitucional para salvar al TC, visto como una pieza ortopédica por el quehacer gubernamental en el marco de un presidencialismo minoritario. Se agrega, con cierta solemnidad, que estaríamos en presencia de una "contienda de competencia" o un "traslape de atribuciones", lo que es simplemente absurdo.

Una percepción ubicua (y cortoplacista) desde el Congreso Nacional (Senado), en defensa de la Tercera Sala de la Corte Suprema, viene a subrayar la visión del TC como un órgano político

conocimiento de los conflictos de las personas, administrados, funcionarios, contribuyentes o cualquier otra categoría legal por una parte y la Administración o el Estado por otra. Ante ese escenario es preciso tener presente que el artículo 38 de la Carta Política superó la teoría sustentada con anterioridad, en el sentido que todo negocio que no esté entregado expresamente a la competencia de los tribunales respecto de la actividad de la Administración está excluida de la revisión por la jurisdicción, pues ahora son los tribunales establecidos por la ley los competentes para conocer de los conflictos de los particulares con la Administración, sin que puedan excusarse de ejercer su ministerio. Se advierte claramente que en una aplicación de la Constitución sistemática e integral, los Tribunales que conforman el Poder Judicial, en cuanto a la labor interpretativa de las disposiciones legales y constitucionales, ejercen competencias diferentes que las atribuidas al Tribunal Constitucional, en la cual este último no está llamado a revisar las determinaciones a las que lleguen aquellos o, eventualmente, impedirles que efectúen esa labor conforme a sus facultades propias. Es por lo anterior que serán los tribunales del caso los que adquieren competencia, a la luz de las normas constitucionales y por idénticas razones a las proporcionadas por el Tribunal Constitucional, para efectuar esta evaluación. Como ahora la materia se encuentra en conocimiento de la Corte Suprema, no resulta pertinente realizar ninguna determinación que precise los efectos del pronunciamiento del Tribunal Constitucional por esta vía, puesto que éste lo determinará esa magistratura, conforme a sus competencias propias".

contramayoritario, escorado o dócil al Gobierno; pero que no llega a visualizarlos riesgos del activismo judicial y su vehículo el recurso de protección para la actividad de las cámaras en ejercicio de la potestad legislativa, presupuestaria, de control o de administración interna.

Finalmente, advertimos por nuestra parte, una percepción de un muy real estado de tensión, a partir de un caso particular de amparo de derechos fundamentales, fallado por una de las cuatro salas de la Corte Suprema, y que no constituye una doctrina jurisprudencial del mismo tribunal ni un precedente, “encapsulando” así el problema en sus exactas coordenadas. Con todo, la sentencia de la Corte Suprema rol N°21.027-2019, de 7 de octubre de 2019, si posee en su línea argumental activista un efecto corrosivo de la estructura de jurisdicción constitucional, y que la “declaración pública” de tres de los ministros de la Tercera Sala sólo viene en confirmar⁶. Pero, el efecto corrosivo del activismo, no debe ser situado en la elefantiasis o multifuncionalidad del recurso de protección, sino en que tal elefantiasis vehiculiza un desatado activismo. Con todo, nobleza obliga, tal activismo judicial es una patología que aqueja por igual a la Corte Suprema o su Tercera Sala, y al TC.

“*E pur si muove*”. Y para muestra algunos botones: acerca de un problema pasado, presente y porvenir, que debemos saber leer.

Primero, el Presidente de la Corte Suprema, Haroldo Brito Cruz: “no estamos enfrentados a un quiebre de la estructura jurisdiccional del país (9-X-2019). La decisión de la Tercera Sala de la Corte Suprema, no compromete a toda la Corte ni al Poder Judicial; “... es una causa más...” sólo un asunto litigioso y de alcance particular.

Debe esperarse nuevos casos: “... porque esta es una cuestión de carácter jurisdiccional y no **acuerdos que haya de tocarse o representarse**”.

Segundo, hasta ahora, la Corte Suprema y la Tercera Sala definían su doctrina jurisprudencial a través de decisiones judiciales. El Tribunal Constitucional define su doctrina a través de acuerdos de su pleno expresados en sentencias y en señaladas ocasiones a través de acuerdos de su pleno vertidos en “declaraciones públicas” o muy excepcionalmente, en “declaraciones” de su presidente.

Tercero, la jurisprudencia o doctrina jurisprudencial es un proceso de acumulación temporal de núcleos interpretativos, que se constituye con decisiones de tribunales, el concurso de abogados, de opiniones jurídicas, y finalmente llega a un desarrollo pleno.

⁶ Es el efecto corrosivo del activismo judicial, que hemos recientemente alertado en nuestro trabajo expuesto en el XIV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional “*Control de convencionalidad y activismo judicial. Algunas notas acerca de las consecuencias políticas del control de convencionalidad*”, Buenos Aires, mayo de 2019. Acerca del activismo del TC nuestro trabajo: “*Tribunal Constitucional: Problemas acerca de su posición y su legitimidad en una democracia constitucional*”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N° 14, Madrid, CEPC, 2010, pp. 397-426.

Cuarto, el Gobierno y prensa escrita vienen a socorrer al TC. El Ministro de Justicia Hernán Larraín ha señalado que estamos ante una “contienda de competencia”, “extraordinariamente delicada y grave, porque de alguna manera pone en cuestión nuestro ordenamiento constitucional” (El Mercurio, 9-X-2019), y agrega “... nos reservamos también el derecho en su momento de intervenir de una forma normativa, es decir, propiciando reformas constitucionales, cambio a la ley orgánica, propiciando leyes que puedan de alguna forma contribuir a resolver esta situación si acaso no lo han hecho ambas instituciones”.

También concurre a socorrer al Tribunal Constitucional el Ministro de Relaciones Exteriores Teodoro Ribera N., quien plantea que la sentencia de la Corte Suprema crea una situación de incerteza jurídica, y genera una modificación del sistema quizás no presente en el texto constitucional (El Mercurio, 9-X-2019) El uso del recurso de protección para revisar sentencias del TC, cuestionaría que este Tribunal sea “... el supremo guardián de la Constitución, como lo es constitucionalmente”

Cierra el Gobierno, con una declaración del Jefe de Estado Sebastián Piñera E., en orden a que a fin de evitar un debilitamiento del Estado de Derecho, se estaría preparando “... para modificar leyes e incluso la Constitución” (El Mercurio, 10 y 11 de octubre de 2019)

Por último, el decano de la prensa en su editorial consigna que la sentencia de la Corte Suprema causa “preocupación y perplejidad”, creándose una instancia nueva por sobre el TC, cuando el art. 94 de la Constitución dispone que contra sus resoluciones no procederá recurso alguno, y por último, controvierde el desconocimiento del control concreto, que se reflejaría en la mentada sentencia.

Observamos, entonces, una sobrerreacción en la prensa y medios de comunicación social, en el Gobierno (Ministros de Justicia y Relaciones Exteriores), que no se condice con nuestra realidad, y con el sistema institucional. En efecto, tenemos un sistema institucional con pluralidad de jurisdicciones (Poder Judicial, Justicia Electoral y TC); y sin un único “guardián supremo de la Constitución”.

En nuestra realidad institucional existe un natural “estado de tensión” de la Corte Suprema (y la Tercera Sala) y el Tribunal Constitucional, que se ha producido en el pasado, se produce hoy, y probablemente seguirá produciéndose. Y como decíamos, en nuestro sistema institucional, no existe un “supremo guardián de la Constitución”, dado que nuestra jurisdicción constitucional es dual: el Poder Judicial a través del proceso de amparo de derechos fundamentales es un guardián de la Constitución, y el TC a través del proceso constitucional es un guardián de la Constitución, a lo que debemos sumar los controles políticos y sociales de supremacía de la Constitución.

A mi juicio, no existe “guerra de cortes”, ni un quebrantamiento del Estado de Derecho, sino un muy natural estado de tensión entre la Corte Suprema, y sus salas, y el TC, jalonadas por diversos contenciosos en sede penal, laboral y administrativo-constitucional desde la reforma constitucional de 2005.

Tampoco existe una “contienda de competencia” (conflicto positivo o negativo), un conflicto de poderes de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, dado que sus competencias están

perfectamente tasadas y, por ende, la tensión tiene una dimensión práctica-casuística y de relaciones institucionales; no es posible “generar muros infranqueables, que impidan las tensiones y que impidan que dos organismos estén tratando la misma materia” (La Tercera, editorial de 11 de octubre de 2019); en un sistema de jurisdicción constitucional dual de competencias tasadas. En un Estado de Derecho, la separación de poderes está orientada a una distribución horizontal y/o vertical de poder político estatal, sin “muros infranqueables”, sino con espacios de cooperación y coordinación en el despliegue dinámico de “poderes”. Tales espacios de cooperación y coordinación se alínean y consolidan con el paso del tiempo, en que la garantía del derecho objetivo y de los derechos subjetivos de la Constitución por las acciones y procesos ante las magistraturas del TC y del Poder Judicial funcionan integradas.

Finalmente, como bien releva el Presidente de la Corte Suprema Haroldo Brito Cruz la sentencia comentada es una decisión recaída en un caso concreto, que no define un criterio jurisprudencial o precedente, es un *óbiter dicta*, que no define la posición institucional de la Corte Suprema, y que refiere a un contencioso específico. Ello es así, a pesar de la inédita “declaración pública” suscrita por tres de los ministros de la Tercera Sala de la Corte Suprema, que señala anómalamente que el supremo tribunal habla por sus salas.

III. Epílogo: conclusiones

El problema visible de tensión se corresponde a un estado “natural” y el problema más profundo, es a mi juicio el causado por el activismo. Estos problemas deben ser abordados, entonces, a partir de una explicación teórico-práctica de contexto, a saber: la autocomprensión de los tribunales (Corte Suprema y Tribunal Constitucional), maneras de actuación de los tribunales en “estado de tensión”, funcionalidad de la acción de protección y del proceso de amparo, y discrepancias acerca del control concreto de constitucionalidad de normas vía acción de inaplicabilidad, y de cómo los tribunales del fondo cumplen las decisiones del TC, modulando los efectos directos e indirectos de las sentencias estimatorias de inaplicabilidad.

Como lo hemos sostenido en otro lugar, el estado de tensión es “natural”, es decir, consecuencia de un diseño de pluralidad de jurisdicciones y de dos órdenes jurisdiccionales con competencias de control de supremacía constitucional, a saber: tribunales del Poder Judicial, en especial tribunales superiores a través del proceso de amparo (acciones de protección y amparo), y el Tribunal Constitucional a través del proceso constitucional, y en especial la acción de inaplicabilidad.

Este diseño dualista de distribución de competencias de jurisdicción constitucional, es fruto de un esquema de separación de poderes; y está atravesado por dinámicas de conflicto y/o cooperación; fruto del “*pouvoir d’empêcher*” (propio de la potestad jurisdiccional) o de destrucción de actos del poder estatal que vulneren la Constitución y sus reglas acerca de la producción de normas o de derechos fundamentales, tanto su derecho objetivo como derechos subjetivos. Es un esquema de

interacción dinámica de poderes y en este caso de tribunales supremos o bien órdenes judiciales, se obtiene un necesario y atemperador "*divide et obtempera*" o en la fórmula cesárea "*divide et impera*".

Al diseño dualista de la jurisdicción constitucional se agrega un problema de autocomprensión de los órganos estatales en cuanto tribunales, autocomprensión que en el caso del TC oscila entre un "Scila y un Caribdis" (derecho y política), dilema que se prolonga ya hace demasiado tiempo, y en el caso de la Corte Suprema, que asumiendo que es un tribunal supremo cabeza del Poder Judicial, tiene diversos roles (corte de casación, corte de amparo constitucional, custodio de la cosa juzgada y órgano de gobierno y administración superior de la judicatura) que lo vuelcan a la política. A tales autocomprensiones de los tribunales supremos, debe sumarse la comprensión dominante en los tribunales del Poder Judicial acerca del TC como "órgano político"; y conjeturalmente me atrevo a decir que ello explica la relativa distancia, cuando no displicencia, que los jueces del fondo adoptan frente a las sentencias estimatorias de inaplicabilidad recaídas en normas que conforman el derecho material del conflicto a heterocomponer⁷.

Además, existe un problema de presente y prospectivo: el activismo judicial de la Corte Suprema (y sus salas, en especial la Tercera Sala) y del TC. Y por ende, del "estado de tensión" expresado en la sentencia comentada de "preocupación y perplejidad" nada. El activismo es un *ethos* que ha permeado en nuestras judicaturas, insuflado en la actualidad por el control de convencionalidad. El mentado "estado de tensión" entre Corte Suprema y Tribunal Constitucional, está anunciado por el Presidente de la Corte Suprema en su discurso inaugural del año judicial del 1° de marzo de 2019. Y la polémica sentencia (rol N° 21.027-2019) comentada, fue anunciada por la misma Tercera Sala de la Corte Suprema con el auto de admisibilidad del recurso de protección que ordena darle trámite preceptivo.

El *ethos* activista de los órdenes jurisdiccionales del sistema, es una paradoja, pues todos los tribunales comparten una característica común: son despojados de poder político creador de normas (*pouvoir d'établir*), revestidos solo de un "poder nulo"; y carentes de legitimidad democrática en su origen y de encaje político en el edificio estatal, sólo revestidos de una legitimidad instrumental al ordenamiento jurídico que están llamados a tutelar (Constitución y ley).

Y finalmente, sólo resta subrayar que ante el "estado de tensión" de las judicaturas no existe un "guardián supremo de la Constitución", existe un sistema institucional que consagra una jurisdicción constitucional dualista; en que los tribunales del Poder Judicial a través del proceso de amparo de derechos fundamentales aseguran tales derechos frente a actos del poder estatal, y en esa medida, son guardianes togados de la Constitución, y un TC, que a través de un proceso de constitucionalidad, ejerce un control de constitucionalidad de los actos del poder estatal, en

⁷ GÓMEZ BERNALES, GASTÓN (2013), *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, Santiago, Ediciones UDP, en especial 249-262.

especial de la legislación a través del control abstracto y del control concreto, y en esa medida es un guardián “togado” de la misma Constitución.

Prospectivamente debemos aprender del “estado de tensión”, y observar la dinámica relación TC-CS como una oportunidad para mejorar nuestro Estado de Derecho; y perfeccionar la recepción y modulación que los jueces del fondo hacen de las sentencias estimatorias de inaplicabilidad y sus efectos directos e indirectos. Dominados, CS y TC por un *ethos* activista, el “estado de tensión”, puede ser un buen mecanismo de re-equilibrio de “poderes”, una suerte de “*divide et obtempora*”⁸. Y esto a pesar de ser el TC un tribunal “menesteroso”, como nos observaba Rubio Llorente hace más de dos décadas.

Nuestra aproximación al “estado de tensión” ante la Corte Suprema (o más precisamente hoy la Tercera Sala de la Corte Suprema) y el Tribunal Constitucional no debe ocultar el riesgo que para la distribución competencial del Estado, en especial de sus tribunales, tiene la línea argumental en que se soporta el *óbiter dicta*, que deja dentro el proceso de amparo (acción de protección) como control judicial de cualquier acto de poder estatal. Ese riesgo “corrosivo” del amparo, que en América Latina, ya no es un riesgo, sino una realidad; se añade a una verdadera patología, que para el sistema institucional (Estado de Derecho y república democrática) representa el activismo judicial, de “derechas” o de “izquierdas”.

La academia debe presenciar con distancia y juicio crítico este “estado de tensión”. La crítica jurídica y política de las sentencias (del TC o de la Tercera Sala de la Corte Suprema) es el mayor instrumento de control sobre los tribunales que la expiden (Aragón)⁹. El “estado de tensión” escenificado hoy puede parecerse a ratos a una verdadera “hoguera de vanidades”, que según relatan las historias del papado en martes de carnaval en Florencia se quemaban objetos del lujo, y del pecado y la opulencia; “hoguera” en la que los modernos sucesores del monje dominico Girólamo Savonarola queman en la plaza pública las piezas del Estado de Derecho, convertidas las piezas –la Constitución y la legislación por la discrecionalidad judicial proveniente de cualquier tribunal– en meras “hojas de papel”, y por ende, en materiales muy aptos para dicha combustión.

⁸ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO (1982) *Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*. En: REDC N°4, CEPC, pp. 35-67. Somos tributarios de varios trabajos de Rubio Llorente recogidos en recopilación: (2012) *La forma del poder*. Estudios sobre la Constitución, tercera edición, Madrid, CEPC, 3 vol, en especial vol III, pp. 1209 a 1468.

⁹ ARAGÓN REYES, MANUEL (2006) 25 años de justicia constitucional en España, en: libro colectivo editado por PÉREZ ROYO, JAVIER Y URÍAS MARTÍNEZ, JOAQUÍN Y CARRASCO DURÁN, MANUEL (2006) *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, tomo II, Navarra, Thomson-Aranzadi, pp. 3648-3668. En nuestro medio es valioso el libro colectivo “La Judicatura como organización”, editado por J Couso y F. Atria, en especial los trabajos sobre independencia y posición de los jueces en el sistema judicial de Sgustín Squella y Andrés Bordalí, Expansiva, IEJ, Santiago, 2007, pp. 9-31, 57-82.

En la “hoguera de las vanidades” se destruyen las reglas, por el fuego de la “justicia material”; en una suerte de eterno retorno o renacer del derecho natural; precisando que tal fuego es un fuego fatuo (*ignis fatuus*) que emana de la inflamación proveniente del cementerio en que yace el putrefacto derecho natural. En el “estado de tensión” por el que pasan las judicaturas supremas, el riesgo real no estriba en la tensión siempre episódica; sino en la patología del activismo judicial, que corroe el sistema institucional (Estado de Derecho y república democrática). Es el riesgo real al que la academia debería colaborar en conjurar.

La crítica al activismo judicial que emprendimos hace más de una década, es una crítica en defensa del sistema judicial y su encaje en el Estado de Derecho, dirigido a la tutela del derecho (del derecho objetivo y derechos subjetivos), al imperio del derecho (y de la ley emanada del Parlamento democrático), desde principios funcionales y orgánicos del juez o tribunal tales como imparcialidad, independencia, probidad, respeto y buen trato, responsabilidad, transparencia y vocación de servicio, principios de orden republicano caros en nuestro pasado, presente y porvenir.

4. RELACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON LOS TRIBUNALES SUPREMOS

Ana María García Barzelatto¹

I. Separación de funciones y supremacía constitucional: renovación de dos principios clásicos

El clásico principio de separación de poderes, que desde los inicios del constitucionalismo ha cumplido un papel innegablemente relevante para la consolidación del Estado de Derecho, hoy se presenta con una serie de variantes en el constitucionalismo contemporáneo.

Así, por ejemplo, el surgimiento de nuevos órganos constitucionales, diferentes a los clásicos órganos ejecutivo, legislativo y judicial, ha permitido profundizar en aspectos inherentes al Estado de Derecho, como son el resguardo de los derechos de las personas y el establecimiento de nuevas limitaciones al ejercicio del poder.

Respecto del órgano ejecutivo, es posible observar que éste ha expandido sus clásicas atribuciones interviniendo en el proceso legislativo y constituyéndose el Presidente del República en un órgano colegislador con mucha influencia frente a las cámaras legislativas.

Asimismo, la complejidad de la vida social actual ha hecho necesaria la creación de nuevos tribunales de justicia para dar satisfacción a las más diversas demandas, ya sean de carácter tributario, de familia, medioambientales, y económicas.

Por otra parte, el proceso de globalización ha repercutido en el surgimiento de nuevas instituciones internacionales y conjuntos normativos que han debido ser acogidos hoy por los Estados, y particularmente por Chile en virtud del artículo 5° inciso segundo de nuestra Carta Fundamental².

Sin embargo, en medio de esta renovación institucional, estimamos que la repercusión más relevante y de mayor impacto para diversos Estados en las últimas cincuenta décadas ha sido el surgimiento de los tribunales constitucionales.

Creados a partir de la Constitución de Austria de 1920 e incorporados en los ordenamientos constitucionales a contar del período de la segunda posguerra, se expandieron por Europa e

¹ Profesora titular de Derecho Constitucional, Universidad de Chile. Presidenta de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional

² El Art. 5° segundo inciso dispone: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Hispanoamérica y, finalmente, también incorporaron en Constituciones de Europa oriental, Asia y África.

Su función principal es el resguardo del principio de supremacía constitucional, la protección eficaz de los derechos fundamentales y la resolución de las controversias de constitucionalidad entre los diversos órganos del Estado, como intérprete final y auténtico de la Constitución.

De modo tal, que lejos de alterar el principio de separación de funciones propio del Estado de Derecho, lo que hacen los tribunales constitucionales es colaborar para asegurar el debido respeto de la Constitución por parte de los órganos del Estado, cautelando que la actuación de cada uno de ellos se cumpla dentro de la esfera de su competencia y legítimas atribuciones. El Tribunal cumple una función integradora en el ordenamiento normativo del Estado.

Así lo ha sentenciado nuestro Tribunal en un fallo, en el que sostuvo que su función tiende a lograr *“el fortalecimiento constante de los sistemas de frenos y contrapesos en el actuar de los órganos del Estado en forma compatible con aquella división de funciones prevista en los artículos 6 y 7 de la Constitución (Rol 681-06)”*³.

II. El Tribunal Constitucional en Chile

El Tribunal Constitucional chileno surge, en un principio, como consecuencia de proposiciones doctrinarias de numerosos académicos que ya en la década de 1960 resaltaban la necesidad de su creación.

Fue creado por primera vez durante la vigencia de la Carta de 1925, mediante la reforma constitucional de 1970, constando de cinco miembros, para ejercer un control preventivo de constitucionalidad de los proyectos de ley, y resolver sobre las inhabilidades de los Ministros de Estado.

El Tribunal tuvo un corto funcionamiento de dos años y medio, alcanzando a dictar diecisiete sentencias, siendo disuelto por la Junta Militar en 1973⁴.

Posteriormente, fue repuesto en la Constitución de 1980, con una composición de siete ministros, en vez de los cinco que establecía la Constitución anterior. El control de constitucionalidad de las leyes desde entonces y hasta el año 2005 se ejerció mediante lo que se ha denominado un “doble control concentrado”. Radicado en el Tribunal Constitucional el control preventivo con efectos generales; y en la Corte Suprema el control represivo con efectos particulares⁵.

³ PEÑA TORRES, Marisol (2016) *“Democracia, Constitución y probidad pública y privada”*, Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Vol. 7 N° 1, p. 115-130.

⁴ NAVARRO BELTRÁN, Enrique, (2012) *“Tribunal Constitucional y esfera de actuación de los órganos del Estado”*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XVIII, 2012, Bogotá, pp. 381-392.

⁵ Durante la vigencia de la Carta de 1925 y hasta la reforma de 2005 esta atribución recayó en la Corte Suprema, quien ejercía un control abstracto de constitucionalidad contrastando la disposición legal con la Constitución

Como sabemos, la actual conformación del Tribunal Constitucional chileno tiene su origen en la reforma constitucional de 2005, la que, además de aumentar su número de integrantes a diez ministros, tomando en consideración durante la discusión legislativa los textos constitucionales de Alemania y España que cuentan respectivamente con dieciséis y doce ministros, aumentó significativamente sus atribuciones, las que están contenidas en los dieciséis numerales del artículo 93. Entre ellas, la nueva atribución de resolver “la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución” (Art. 93 N°6), atribución que puso fin a la jurisdicción constitucional mixta concentrándola completamente en el Tribunal Constitucional, en sus aspectos preventivo y represivo.

Es una jurisdicción constitucional concentrada y excluyente de las cuestiones relativas a inaplicabilidad e inconstitucionalidad de los preceptos que deciden un asunto⁶.

Esta nueva atribución ha traído como consecuencia que más del 95% de las causas que conoce el tribunal sean acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

III. Nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional y su relación con otros órganos del Estado

Al hacer un análisis de las atribuciones que ejerce el Tribunal Constitucional, se podrá advertir que en el ejercicio de varias de ellas se encuentran involucrados diversos órganos del Estado, entre ellos, el Presidente de la República, la Corte Suprema, los tribunales de justicia, y las cámaras legislativas, de modo que de una u otra forma, estos órganos inevitablemente se ven afectados por las resoluciones que adopta el Tribunal.

A continuación, centraremos nuestra atención en algunas nuevas atribuciones del Tribunal, establecidas por la reforma de 2005, en cuyo ejercicio se han visto involucrados los tribunales de justicia en contiendas de competencia, de igual forma la Contraloría General de la República, y la Corte Suprema con motivo de la declaración de constitucionalidad de Auto Acordados y los efectos de las sentencias de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

para, en el caso de resultar incompatible, declararla inconstitucional y dejándola sin aplicación en el caso particular. En cambio hoy, como se sabe, la atribución que ejerce el TC consiste en un control concreto que analiza el caso particular de modo de declarar inaplicable el precepto legal si su aplicación al caso produce efectos inconstitucionales. Además de las partes involucradas, también es titular activo de un requerimiento es el juez que se encuentra conociendo un caso.

⁶ GOMEZ BERNALES, Gastón (2013) “*Las Sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*”, Ediciones UDP, 298 pp.

1. Conttiendas de competencia

Bajo la Constitución de 1925 eran dos los órganos facultados para resolver las contiendas de competencia. El Senado respecto de los tribunales superiores de justicia y las autoridades políticas o administrativas; y la Corte Suprema respecto de estas mismas autoridades y los tribunales inferiores.

Esta situación se mantuvo en términos similares en la Carta de 1980. Sin embargo, la reforma del año 2005 radicó en el Tribunal Constitucional la facultad de resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas y administrativas y los tribunales de justicia que no correspondan al Senado, esto es, las que se produzcan entre dichas autoridades y los tribunales inferiores.

Demás está decir que ha sido recurrente la discrepancia respecto de la determinación del órgano al cual debe corresponder esta facultad. Diversas opiniones ha tenido la doctrina, la Corte Suprema, y el mismo Tribunal Constitucional.

Así, en la doctrina varios *autores* han estimado conveniente conferir al Tribunal Constitucional la resolución de todas las contiendas de competencia suscitadas entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, tanto superiores como inferiores⁷.

Por su parte el *Tribunal Constitucional* en un informe presentado ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, durante la tramitación de la reforma de 2005, estimó conveniente que las contiendas que conocía el Senado fueran de su atribución.

Sin embargo, la *Corte Suprema* estimó que la resolución de los conflictos de jurisdicción que se promuevan entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales inferiores de justicia debía mantenerse en la Corte Suprema por ser “*una facultad naturalmente suya que deriva directamente de la superintendencia directiva, correccional y económica que tiene sobre todos los tribunales de la Nación*”⁸.

Finalmente, en la tramitación de la ley de reforma fue el veto presidencial el que determinó que las contiendas de competencia que le correspondía conocer a la Corte Suprema pasaran al conocimiento del Tribunal Constitucional, quedando así establecido en el artículo 93 N° 12 de la actual Constitución después de la reforma de 2005.

La jurisprudencia sustentada por el Tribunal al respecto ha sentenciado que como “encargado de custodiar el principio de supremacía constitucional, ha sido llamado a tutelar la distribución de competencias entre los órganos dispuesta por el constituyente, corrigiendo tanto las extralimitaciones como la negativa de aquéllos a ejercer las funciones que la Constitución les ha encomendado”⁹.

⁷ Entre ellos Juan Colombo y Lautaro Ríos, véase RIVAS POBLETE, Diana (2013) “Naturaleza Jurídica de la inaplicabilidad en el modelo chileno”, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 51, p. 59.

⁸ RIVAS POBLETE, Daniela, ob. cit. p. 61.

⁹ STC Rol 1320-2009 c.16) en “Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015)”, Editores E. Navarro B. y Carlos Carmona S., Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 59, año 2015.

También ha señalado que “existe así una contienda de competencia o de funciones cuando un órgano, con su actuar u omisión, afecta las competencias de otro siempre y cuando tal situación importe una real y actual lesión o menoscabo”¹⁰.

En el año 2014, por ejemplo, se presentaron catorce casos a conocimiento del Tribunal, a propósito de los cuales el Tribunal Constitucional ha sustentado interesantes criterios¹¹.

Una sentencia de interés tuvo lugar el año 2017, oportunidad en que el Tribunal Constitucional resolvió una contienda de competencia entre la Contraloría General de la República y el 29° Juzgado de Letra en lo Civil de Santiago¹².

La Contraloría promovió la contienda solicitado que se acoja la en su favor y declarar que a ella complete en forma exclusiva determinar el régimen previsional aplicable a los funcionarios civiles de la Dirección General de Aeronáutica Civil, careciendo de atribuciones al respecto el 29° Juzgado Civil de Santiago, vía acción declarativa de mera certeza¹³.

La Contraloría promovió la contienda por estimar invadidas sus atribuciones como entidad fiscalizadora, siendo de su exclusiva competencia la interpretación de la normativa legal aplicable a los órganos de la Administración del Estado y sus funcionarios, y, en este caso, por concernir al régimen previsional de funcionarios públicos.

El Tribunal Constitucional reiteró que todos los actos de la autoridad administrativa son susceptibles de reclamo ante los tribunales de justicia, en virtud del principio de “impugnabilidad de los actos administrativos”. Aseguró que “sólo vale como Estado de Derecho, por demás, aquel donde hay cabida al control jurisdiccional sobre la Administración”¹⁴.

¹⁰ STC Rol 1531-09 C. 5 a 6).

¹¹ Con motivo de una contienda suscitadas entre la *Fiscalía Regional del Ministerio Público de Biobío y el Juzgado de Garantía de Concepción*, si bien la contienda planteada por el Ministerio Público fue rechazada, el Tribunal se pronunció sobre las facultades que corresponden a uno y otro órgano, en lo que respecta una eventual colisión de derechos entre los acusados (derecho a defensa) y los testigos (seguridad personal), sentando el Tribunal una importante doctrina al sostener que “corresponde a ambos órganos el deber de disponer (ciertas) medidas en aquellos casos en que sean necesarias para el desarrollo de un proceso racional y justo”. Sostuvo, entonces, que “por una parte, el Ministerio Público tiene el deber decretar estas medidas para ofrecer la debida protección al testigo y el Tribunal de Garantía, por su parte, debe disponerlas para proteger la seguridad del testigo que las solicitare en casos graves y calificados...” (STC Roles 2656-14 y 2657-14).

¹² ROMÁN CORDERO, Cristián (2018) “Dictámenes de la Contraloría General de la República y acción declarativa de mera certeza. Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3.283”, en *Sentencias Destacadas 2017*, pp. 389-434.

¹³ La contienda se produjo porque el tribunal entró a conocer una “acción declarativa de mera certeza” donde 869 funcionarios de la DGAC le pidieron declarar que les corresponde estar adscritos al sistema previsional de las FFAA y no al régimen común del D.L N° 3.500 de 1980.

¹⁴ STC Rol 3283-16, C. 15.

Sin embargo, sostuvo, una acción declarativa de mera certeza “no alcanza a la modificación o exclusión de norma legales vigentes, cuestión que “excede las competencias jurisdiccionales y se inmiscuye derechamente en el ámbito reservado al legislador, sin perjuicio de afectar también las facultades interpretativas de tales normas por parte de la Contraloría General de la República”¹⁵.

La contienda se resolvió en favor de la Contraloría por estimarse que no corresponde que el tribunal civil exhorbite sus potestades judiciales y entre “a interpretar genérica y retroactivamente los textos constitucionales y legales que gobierna la materia”.

En esta oportunidad el Tribunal Constitucional dirimió una contienda de competencia que sentó precedente.

Para finalizar este acápite, cabe hacer presente que sólo en el año 2018 se presentaron al conocimiento del Tribunal Constitucional quince nuevas contiendas de competencia.

2. Constitucionalidad de los Auto Acordados

La reforma constitucional de 2005 entregó al Tribunal Constitucional la facultad para “resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los auto acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones” (art. 93 N° 2).

Como se puede advertir la reforma omite el control de los auto acordados de otros tribunales que también están facultados para dictarlos, como por ejemplo el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y se han excluido, además, otras normas que deberían requerir control como son los reglamentos internos de las cámaras legislativas y las resoluciones del Ministerio Público.

Se ha entendido por el Tribunal que debe tratarse de actos de carácter “general y abstracto” y no de simples resoluciones administrativas¹⁶.

Se admite que los tribunales de justicia pueden “en materias disciplinarias de su competencia, precisar su propio funcionamiento dictando normas reglamentarias ante la falta de normas legales, a través de un auto acordado”¹⁷, pero “naturalmente estas regulaciones no pueden contradecir normas legales ni menos las de rango constitucional”¹⁸.

¹⁵ STC Rol 3283-16, C. 16.

¹⁶ En el estudio de la doctrina del Tribunal Constitucional se ha revisado la “Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015), Enrique Navarro y Carlos Carmona (Editores), Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 59, año 2015.

¹⁷ STC Rol 1009-08 C. 6.

¹⁸ STC Rol 1557-09 C. 14.

También el Tribunal ha expresado que la invalidación se limitará a los preceptos que efectivamente contengan vicio de inconstitucionalidad sin afectar necesariamente, todo éste, subsistiendo las demás normas que no adolezcan tal vicio. Asimismo, se admite que “en esta sede al Tribunal Constitucional sólo le corresponde examinar la constitucionalidad de aquellos preceptos del auto acordado que tengan aptitud de afectar el ejercicio de derechos fundamentales del requirente”¹⁹.

El control de constitucionalidad de los auto acordados es un control abstracto ya que “el contraste deberá verificarse entre todas o algunas de las disposiciones del auto acordado y los derechos fundamentales de rango constitucional que se estiman vulnerados en términos generales, aun cuando la impugnación haya sido sostenida por una persona determinada. Esta aseveración se ve confirmada por el efecto que produce la sentencia de inconstitucionalidad. Si el auto acordado o la norma de él que ha sido impugnada “se entiende derogada” (como dice la Constitución, Art. 94) estamos frente a un efecto que se aplica a todos (*erga omnes*) y no sólo a quien interpuso la acción de inconstitucionalidad. Se trata, así, del imperio de la supremacía constitucional frente a todos los miembros de la comunidad y no sólo frente a quien acudió ante el Tribunal Constitucional”²⁰.

Un interesante caso debió conocer el Tribunal Constitucional el año 2016 con motivo del Auto Acordado dictado el 18 de diciembre de 2015 por la Corte Suprema “*Sobre la permanencia de los Jueces de Policía Local*”, el que declaró que la limitación etárea establecida en el artículo 80 de la Constitución Política, rige también para dichos magistrados, cuestión que se haría efectiva a partir del día 1° de marzo de 2016, respecto de quienes actualmente desempeñaran el cargo con más de 75 años de edad.

Frente a esa decisión, un grupo de jueces dedujo un requerimiento de inconstitucionalidad del Auto Acordado, por estimar lesionados sus derechos en virtud de lo que estimaron un ejercicio interpretativo de la Corte Suprema para hacer extensiva la disposición constitucional del límite de edad, contenido en el artículo 76, a los jueces de policía local que no forman parte de Poder Judicial.

El Tribunal Constitucional acogió el requerimiento declarando inconstitucional íntegramente el Auto Acordado y derogado a contar de la fecha de publicación de la sentencia. Se precisó que “al igual que los reglamentos del Presidente de la República, los auto acordados pueden detallar, pormenorizar y ejecutar lo establecido en una ley; pero no pueden modificarla o dejarla sin efecto; tampoco incursionar en las materias propias de ley”. “Al ser una materia propia de ley, la incursión del auto acordado en esta materia incurre en un vicio de incompetencia toda vez que ha abordado asuntos que están fuera de sus atribuciones”²¹.

¹⁹ STC Rol 1557-09 C. 7.

²⁰ STC Rol 1557-09 C. 3.

²¹ STC Rol 2961-16, C. 44 y ss.

Además, la sentencia destaca que como no basta con la existencia de este vicio, sino que este debe afectar un derecho constitucional, el Tribunal consideró que en este caso particular se vulneró la igualdad ante la ley, “toda vez que, mientras al resto de los jueces se les configura un estatuto jurídico en base a una norma constitucional o legal, en este caso, se lo hace a partir de una norma administrativa...”.

Este es un caso muy ilustrativo en el sentido que el Tribunal da aplicación a los conceptos y doctrina jurisprudencial sustentada en fallos anteriores²².

3. Sentencias de inaplicabilidad y sus efectos en el tiempo. Un tema por resolver

Desde la reforma constitucional de 2005 quedó radicada en el Tribunal Constitucional la atribución para resolver la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución (art.93 N° 6).

Desde entonces se ha desarrollado una interesante y abundante jurisprudencia, teniendo lugar gran parte de ella en el marco de acciones de protección como gestión pendiente en los tribunales superiores de justicia.

Cabe destacar que en algunos de estos casos los pronunciamientos de la Corte Suprema han puesto en cuestionamiento la naturaleza vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional.

Uno de ellos es el llamado “Caso Gómez Montoya con Corporación Administrativa del Poder Judicial”, en el que el recurrente de protección –Ministro de la Corte de Apelaciones– estimó vulnerados sus derechos constitucionales, al serle negado el pago de un beneficio por haber estado ausente de sus funciones seis meses, con licencia médica, por enfermedad catastrófica, y no –como dispone la ley– “por accidentes del trabajo”²³.

La Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Valparaíso formuló requerimiento al Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del precepto legal.

²² Mayores antecedentes en SILVA GALLINATO, María Pía (2012) “Cuestiones de constitucionalidad de Auto Acordados en el caso de afectación en el ejercicio de derechos fundamentales”, en *Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional: ¿consolidación o reforma?* M. Pía Silva y M. Henríquez (Coordinadoras), Ed. Abeledo Perrot, Legal Publishing Thomson Reuters, pp. 167-196.

²³ GARCIA BARZELATTO, Ana María (2013) “¿Quién es el supremo intérprete de la Constitución?” en libro “Relaciones del Tribunal Constitucional con los demás órganos del Estado”, Editorial LegalPublishing, pp. 99-113.

El Tribunal dictó sentencia declarando inaplicable el precepto legal cuestionado, para este caso concreto por resultar injustificado, violatorio de la necesaria igualdad con que deben tratarse las situaciones que se refieren a los mismos supuestos y discriminatorio sin fundamento razonable²⁴. Fundándose en esta sentencia del Tribunal, la Corte de Apelaciones acogió el recurso de protección²⁵.

Sin embargo, apelada esta sentencia ante la Corte Suprema, ésta la revocó y rechazó la acción, desconociendo absolutamente la sentencia de inaplicabilidad dictada por el Tribunal Constitucional por estimar que el órgano administrativo había obrado ajustado a la ley²⁶.

La sentencia de la Corte Suprema –Tercera Sala, que contó con un voto disidente– desconoció el carácter vinculante de lo resuelto por el Tribunal Constitucional. Asimismo, impugnó el carácter retroactivo de la sentencia de inaplicabilidad, a fin de proteger el valor de la certeza jurídica.

Naturalmente esto plantea un problema aun no resuelto. No existe una disposición constitucional o legal que determine los efectos de una sentencia estimatoria de inaplicabilidad.

La doctrina ha sido muy útil en este sentido y actualmente está conteste en los efectos vinculantes de las sentencias de inaplicabilidad en la gestión pendiente y para los tribunales que intervienen en ella²⁷. Sin embargo, existe un vacío regulatorio, que se prolonga por años, en lo que se refiere a los efectos temporales de estas sentencias, el que requiere de un pronunciamiento legal al respecto, a menos que se estime que es preferible que en nuestro ordenamiento no exista un único intérprete supremo de la Constitución.

IV. Conclusiones

- a. El Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus atribuciones se relaciona con numerosos órganos del Estado. Entre ellos, como se ha constatado en este trabajo, con la Corte Suprema, los tribunales ordinarios de justicia y la Contraloría General de la República.
- b. Al resolver contiendas de competencia, el Tribunal Constitucional ha protegido la esfera de competencia reservada al legislador, estimando que no corresponde a un tribunal civil exorbitar sus potestades judiciales o interpretar genérica y retroactivamente los textos constitucionales y legales.

²⁴ STC Rol 1801-11.

²⁵ C. Apelaciones de Valparaíso Rol N° 300-2010, 6 mayo 2011.

²⁶ C. Suprema Rol N° 4518-2011, 30 noviembre 2011.

²⁷ BRAZ RODRIGUES, Jaana, “La repercusión de las sentencias de inaplicabilidad en los fallos de la Corte Suprema” en “Relaciones del Tribunal Constitucional con los demás órganos del Estado”, LegalPublishing, 2013, p. 90-98.

- c. En cuanto al control constitucional de los Auto Acordados, el Tribunal se ha limitado a revisar los preceptos específicos que puedan contener un vicio de inconstitucionalidad, sin afectar necesariamente a todo el auto acordado, y, en particular, sólo examina la constitucionalidad de aquellos preceptos que puedan afectar el ejercicio de derechos fundamentales.
- d. El control de constitucionalidad de los Auto Acordados es un control abstracto, lo que se confirma por el efecto derogatorio que produce la sentencia de inconstitucionalidad.
- e. Se observa un vacío normativo en lo referente al efecto de las sentencias de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por cuánto si se acoge la acción que se presenta ante el Tribunal Constitucional, el juez de la instancia debe resolver sin considerar la disposición declarada inconstitucional, lo que no siempre ocurre. Queda, en consecuencia, pendiente una respuesta certera frente a la pregunta de quién es dentro de nuestro ordenamiento, el supremo intérprete de la Constitución.



TERCER PANEL
ACCESO A LA JUSTICIA
CONSTITUCIONAL



1. SENTIDO Y VIRTUALIDAD DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

Antonio Narváez Rodríguez¹

I. Introducción

Los constituyentes de la gran mayoría de los Estados europeos democráticos han establecido mecanismos de control de las leyes, inspirados en la desconfianza hacia el legislador. En nuestros días, como destacó Tomás Ramón Fernández en el prólogo al libro “Jueces y Constitución” de Otto Bachof (Civitas, 1985), uno de los valores que caracterizan la denominada “sociedad occidental” es la vivencia de la radical transformación de la relación del hombre con la ley; la pérdida por ésta de su carácter de regla general y abstracta directamente extraída de la razón humana y su correlativa conversión en un acto de conformación política, en una medida vinculada estrictamente a una situación concreta y, a menudo, negociada entre grupos contrapuestos de intereses, siempre discutible.

En consonancia con ello la Constitución española de 1978 afirma con claridad y determinación su carácter de norma jurídica. Con el énfasis propio de cuando se establecen los elementos estructurales de un sistema jurídico-político, dispone expresamente en su artículo 9.1 que a ella se sujetan, además de los ciudadanos, todos los poderes públicos sin excepción. Conforme a esta previsión de la norma suprema, el legislador democrático está vinculado a las reglas, principios y valores constitucionales como el resto de los poderes públicos creados y organizados en su seno.

La garantía de esta vinculación del legislador a la Constitución, sin embargo, se articula en nuestro texto constitucional vigente, así como en su desarrollo realizado en la Ley 3/1979, Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC), de una manera que tiene muy presente que las leyes (incluso más extensamente las disposiciones dotadas de rango legal), en tanto que en su elaboración participan los representantes elegidos directamente por los ciudadanos, deben aparecer revestidas de un cierto grado de presunción de constitucionalidad, que tiene entre sus funciones de un modo principal la de asegurar que aquéllas se enmarcan, como conviene en productos normativos dotados de tanta legitimidad democrática, en una situación de razonable estabilidad.

¹ Magistrado del Tribunal Constitucional de España.

II. Los sistemas de control de la constitucionalidad de la actividad legislativa, en especial el sistema concentrado de la Constitución española

Esta presunción de constitucionalidad de la ley se refleja con harta elocuencia en algunos de los elementos que definen el sistema español de control de constitucionalidad de la actividad legislativa.

Es nota esencial de este diseño institucional su carácter de control concentrado. Las leyes no quedan sometidas al criterio de cualquier operador jurídico sobre su conformidad respecto al texto constitucional. Ningún juez o tribunal español dispone entre sus prerrogativas la de expulsar del ordenamiento, o al menos inaplicar a un supuesto litigioso concreto, una ley por inconstitucional. Solo el Tribunal Constitucional, que es un órgano que la Constitución ubica fuera de la división tripartita del poder público y dota de una composición y régimen jurídico especialmente orientados a la defensa jurídica de los contenidos constitucionales, tiene atribuida la facultad de declarar que una disposición de rango legal es inconstitucional.

No se debe extraer de esta formulación concentrada del control de constitucionalidad del legislador la consecuencia de que los órganos del poder judicial están sujetos a la ley incluso cuando ésta fuera contraria a la Constitución. Esta sería una conclusión completamente desviada, pues la Constitución es, como ya se resaltó, norma jurídica que vincula a todos los poderes públicos, también al poder judicial. Pero esta doble vinculación de los jueces y tribunales a la Constitución y a la ley se resuelve, precisamente por la presunción de constitucionalidad de la ley, no a través de la declaración de inconstitucionalidad de la ley disconforme realizada por el juez ordinario, sino mediante la promoción por su parte de la cuestión de inconstitucionalidad. Se trata de una facultad que la Constitución inviste en los órganos del poder judicial para que, cuando una ley sea aplicable a un litigio pendiente y relevante para su resolución, puedan instar que el Tribunal Constitucional ejerza su función exclusiva de revisar la constitucionalidad de una ley y, en su caso, de expulsarla del ordenamiento jurídico por inconstitucional.

La presunción de constitucionalidad de la ley, y correlativamente su situación de estabilidad, resulta asegurada, en segundo término, mediante el sometimiento de la acción directa de inconstitucionalidad (lo que se denomina “recurso de inconstitucionalidad”) a exigentes requisitos de procedibilidad, en especial en materia de legitimación activa y de plazos de interposición, y a un régimen jurídico en que destaca como regla que su incoación no conlleva la suspensión de la norma legal que constituye su objeto.

La Constitución española define con criterio notoriamente restrictivo el conjunto de sujetos que pueden promover el recurso directo y abstracto de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. A diferencia de lo que ocurre en otros sistemas constitucionales, sobre todo de los países iberoamericanos, el español no reconoce a estos efectos la acción pública. Es más, ni siquiera admite modalidad alguna de legitimación por interés derivada de que la ley afecte de un modo especial a una persona o entidad. El artículo 161.2 de la Constitución y el artículo 32 LOTC atribuyen la legitimación para incoar un recurso de inconstitucionalidad única y exclusivamente

a una enumeración cerrada de instituciones políticas, que son concretamente el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores y, cuando se trata de impugnar leyes del Estado central, los órganos colegiados ejecutivos y las asambleas parlamentarias de las Comunidades Autónomas.

También la configuración de plazos cortos para la interposición del recurso de inconstitucionalidad contribuye a la estabilidad de las normas con rango legal. En el modelo español de justicia constitucional la acción directa y abstracta de inconstitucionalidad —el llamado recurso de inconstitucionalidad— no está permanentemente abierto en el tiempo. Si transcurre el término de tres meses (salvo en el caso especial del artículo 33.2 LOTC en que se eleva a nueve meses) desde que una determinada ley fue publicada en el boletín oficial correspondiente, los sujetos políticos anteriormente indicados pierden la capacidad de activar la intervención de control de constitucionalidad del legislador por parte del Tribunal Constitucional. O lo que resulta ser lo mismo, puesto que el enjuiciamiento constitucional de la actividad legislativa por el Tribunal Constitucional se caracteriza en todo caso como justicia rogada, desaparece por completo la posibilidad de revisar la constitucionalidad de esa concreta legislación a través de esta modalidad de control.

III. La cuestión de inconstitucionalidad como cláusula de cierre del sistema de control de constitucionalidad de la actividad legislativa

El carácter concentrado del control de constitucionalidad del legislador (que impide al juez ordinario declarar nula o inaplicar al caso concreto una norma de rango legal por considerarla inconstitucional), unido al diseño que ha quedado descrito del recurso de inconstitucionalidad (caracterizado por excluir la legitimación por interés, por sujetarse a un plazo de interposición muy corto), dotan de principal relevancia, como complemento imprescindible del modelo de control de constitucionalidad del legislador, a aquel proceso constitucional que recibe en nuestro sistema el nombre de “cuestión de inconstitucionalidad”. Dicho modelo, sin la función que desempeña este proceso constitucional que articula el control concreto de la constitucionalidad de la actividad legislativa, se revelaría seguramente como notoriamente insuficiente.

En efecto, el artículo 163 de la Constitución atribuye a los jueces y tribunales del poder judicial, siempre que actúen en el contexto de la decisión de los litigios concretos pendientes ante ellos, la facultad de instar que el Tribunal Constitucional se pronuncie acerca de la constitucionalidad de la ley con arreglo a la que deban resolverse esos pleitos. Naturalmente, este proceso se manifiesta también como cauce hábil para que las personas y entidades que actúan como partes en tales litigios, que son los directamente afectados por la eventual inconstitucionalidad de la ley, formulen las alegaciones de inconstitucionalidad que a su derecho convenga con el objetivo de persuadir el juicio del órgano judicial y obtener de él que plantee la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.

Este proceso de control de constitucionalidad del legislador contribuye a superar las limitaciones previamente destacadas del recurso de inconstitucionalidad. Habilita de un lado una vía procesal en que el órgano judicial puede resolver la doble vinculación a la Constitución y a la ley, y permite de otro que los sujetos afectados especialmente por una ley pretendidamente inconstitucional provoquen, decisión judicial mediante, el control de dicha ley por el Tribunal Constitucional.

Además, al ser posible la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad siempre que se suscite un litigio ante un órgano judicial para cuya decisión la ley de que se trate sea relevante, sin importar cuanto tiempo haya transcurrido desde la publicación de la ley a la que se impute la inconstitucionalidad, este proceso constitucional opera como cláusula de cierre en el modelo de control de constitucionalidad del legislador. Con ello se quiere significar que deja absolutamente abierto el lapso temporal en que puede excitarse la intervención del Tribunal Constitucional y admite a su vez que la consideración de las circunstancias de cada uno de los singulares casos de aplicación de la ley ilustre supuestos de inconstitucionalidad que originariamente, con solo la apreciación abstracta del enunciado normativo, no resultasen aparentes.

IV. La naturaleza concreta de la cuestión de inconstitucionalidad

La cuestión de inconstitucionalidad, así configurada por la Constitución española, se revela como un mecanismo de control de la constitucionalidad del legislador de gran potencia, pues carece de las limitaciones en cuanto a la legitimación activa y al plazo de interposición que están presentes en el recurso de inconstitucionalidad. La enorme potencialidad descrita de esta técnica de control se reconduce a un equilibrio adecuado en la medida que este proceso constitucional aparece constreñido por su carácter concreto, con lo que su promoción viene a ser posible únicamente cuando la duda de constitucionalidad se produce en directa e inmediata relación con un litigio pendiente de resolución ante un juez o tribunal.

Esta naturaleza de control concreto de constitucionalidad que caracteriza a este singular proceso constitucional se manifiesta claramente en su fase inicial de planteamiento y de examen de admisibilidad, precisamente en que la cuestión de inconstitucionalidad ha de cumplir los requerimientos de “aplicabilidad” y “relevancia” respecto del litigio subyacente de la disposición legal cuestionada. El órgano judicial promotor de la cuestión soporta la carga de argumentar su cumplimiento en el auto de planteamiento de la misma y el Tribunal Constitucional tiene competencia, dentro de la fase de admisión de la cuestión de inconstitucionalidad, para revisar, aunque sea de un modo en buena medida solamente externo, el juicio realizado por aquél en relación a la concurrencia de dichos presupuestos procesales.

La primera de esas exigencias implica que la ley objeto de la cuestión resulte aplicable, material y temporalmente, al pleito pendiente ante el órgano judicial promotor. Por poner un ejemplo, una disposición legal no se ajustaría a este requisito de procedibilidad si el juez duda de su conformidad

al Derecho de la Unión Europea, dado que si fuera contraria a éste el órgano judicial debiera inaplicarla y resolver el litigio pendiente ante él conforme a la norma europea correspondiente. El ATC 168/2016, FJ 3, acordó inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad con apoyo en el siguiente argumento: “el juzgado promotor de la presente cuestión de inconstitucionalidad ha planteado de forma simultánea, respecto de los mismos preceptos legales, cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. [...] Este planteamiento simultáneo de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la cuestión de inconstitucionalidad determina que no pueda entenderse cumplido, respecto de la admisibilidad de esta, el requisito de que la norma con rango de ley cuestionada sea ‘aplicable al caso’ (artículos. 163 CE y 35.1 LOTC)”.

La naturaleza concreta de la cuestión de inconstitucionalidad no quedaría completamente satisfecha solo con que la disposición legal cuestionada fuese “aplicable al caso”. Es imprescindible, además, que ese precepto legal sea relevante para su resolución, o lo que viene a actuar como equivalente, esto es, que su aplicación o no al litigio pendiente conlleve una sustancial alteración en el sentido del fallo a pronunciar. Este juicio de relevancia previsto como presupuesto procesal en el artículo 35.2 LOTC ha sido definido por el Tribunal Constitucional en muchas ocasiones (por ejemplo, AATC 93/1999, FJ 3, y 21/2001, FJ 1) como “el esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada”. El mismo alto Tribunal se ha cuidado de destacar expresamente que, puesto que se trata de una interpretación de la legalidad ordinaria, corresponde en exclusiva al órgano judicial promotor de la cuestión “la función de exteriorizar el esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada”, si bien que, añade igualmente el propio Tribunal Constitucional, “sobre tal juicio de relevancia ejerce este Tribunal un control ‘meramente externo’ (ATC 159/2016, FJ 2), lo que significa que debe verificar su concurrencia a fin de que no se haga un uso de la cuestión de inconstitucionalidad ‘no acomodado a su naturaleza y finalidad propias’ (ATC 9/2019, FJ 2), pero no sustituir al órgano judicial en la determinación de ese nexo causal (STC 41/1990, FJ 2) que es una tarea propiamente jurisdiccional y por tanto reservada a aquel (artículo 117.3 CE)” (ATC 89/2019, FJ 4).

Esta caracterización concreta de la cuestión de inconstitucionalidad conlleva igualmente importantes consecuencias en cuanto al momento procesal que la ley impone como oportuno para que el órgano judicial la promueva. El artículo 35.2 LOTC precisa que “el órgano judicial solo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia”. La razón de esta previsión es a todas luces tributaria de la naturaleza concreta de este proceso constitucional, pues el órgano judicial necesita tomar conocimiento de todas y cada una de las circunstancias que inciden en el pleito para poder concluir que es precisamente la ley de que se trate, de cuya constitucionalidad se duda, la que determina el fallo que procede dictar. O dicho con otras palabras, que no hay otro aspecto del pleito, sea formal como la falta de legitimación del

actor, o sea sustancial como la determinación del fallo con arreglo a otro motivo de impugnación distinto, que posibilite su decisión sin necesidad de acudir al contenido normativo dudosamente constitucional de la ley que se pretende cuestionar ante el Tribunal Constitucional.

Una manifestación distinta de esta misma conexión entre la naturaleza concreta de la cuestión de inconstitucionalidad y el momento procesal de su planteamiento por el órgano judicial ha sido enfatizada en tiempos recientes por el Tribunal Constitucional en el ATC 198/2016, FJ 3, que contiene un pronunciamiento de inadmisión fundado en que “la cuestión de inconstitucionalidad no se ha planteado en el momento procesal oportuno, esto es, antes de aplicar el órgano promotor los preceptos cuya constitucionalidad cuestiona, habiendo declarado este Tribunal que cuando no se respeta esta exigencia pierde sentido este singular proceso constitucional dirigido a verificar la compatibilidad de normas legales con la Constitución con carácter prejudicial, esto es, antes de proceder a su aplicación en un caso concreto”.

V. El control preliminar del fondo en la fase de admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad

Otro elemento que contribuye a ajustar el peso de la cuestión de inconstitucionalidad como técnica de control de la constitucionalidad de la actividad legislativa es que el artículo 37.1 LOTC prevé que “podrá el Tribunal rechazar, en el trámite de admisión, [...] la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuese notoriamente infundada”. Resalta en especial en este rasgo de su régimen jurídico que la cuestión de inconstitucionalidad puede ser objeto de inadmisión liminar, aparte de por no reunir los presupuestos procesales, por motivos que hacen estrictamente al fondo. Se trata de una importante singularidad, que distingue abiertamente este proceso constitucional del recurso de inconstitucionalidad, puesto que éste último nunca puede ser objeto de un auto de inadmisión por razones de fondo. En la cuestión de inconstitucionalidad, por el contrario, el Tribunal Constitucional sí tiene esta facultad de inadmisión preliminar por motivos relacionados con el fondo de la duda de constitucionalidad, específicamente cuando la misma merezca ser calificada de “notoriamente infundada”.

Es muy cierto, por lo demás, que la doctrina constitucional se ha ocupado insistentemente en conferir a este concepto legal un sentido propio y autónomo, que lo conecta más que nada con el objetivo de no retardar innecesariamente la solución definitiva de los litigios subyacentes, reduciendo la carga que esa tardanza viene a significar para los litigantes. Según el Tribunal Constitucional, el concepto legal “notoriamente infundada” que se integra en el trámite de admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad regulado en el artículo 37.1 LOTC “se traduce procesalmente en otorgar a este Tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad, existiendo supuestos en los que un examen preliminar de las mismas permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que

ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta sea arbitraria” (ATC 89/2019, FJ 5).

VI. El carácter abstracto de la cuestión de inconstitucionalidad en la fase de decisión

La cuestión de inconstitucionalidad es en última instancia, al igual que sucede con el recurso de inconstitucionalidad, una técnica a través de la cual se habilita al Tribunal Constitucional para que despliegue su función de control de la conformidad de la actividad legislativa con la Constitución.

La diferencia entre ambas modalidades técnicas de control se sitúa en el momento de su gestación. El recurso de inconstitucionalidad se promueve de un modo directo contra la ley, por acuerdo de ciertos sujetos institucionales legitimados y en un plazo notablemente limitado desde la publicación de aquélla en el diario oficial. La cuestión de inconstitucionalidad, por el contrario, está liberada de todos esos condicionantes, pero en compensación ha de acreditar una relación concreta con un litigio subyacente que esté pendiente ante el órgano judicial promotor.

Una vez superada esta fase inicial de gestación y planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, que es donde se manifiestan los rasgos que diferencian a la cuestión y al recurso de inconstitucionalidad, prevalece su cualidad común de modalidad de control de la constitucionalidad de la actividad del legislativo. Por ello en la fase de decisión de la cuestión de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional, tal y como también sucede con motivo de resolver los recursos de inconstitucionalidad, procede a desarrollar un análisis abstracto de la disposición legislativa cuestionada, consistente en relacionar el sentido normativo que se desprende de su enunciado con el contenido prescriptivo de la regla o principio constitucional de contraste. En consonancia con este idéntico modo de afrontar la decisión, la cuestión y el recurso de inconstitucionalidad son dos procesos constitucionales en que el pronunciamiento estimatorio que pudiera recaer produce los mismos efectos. En uno y otro caso el Tribunal Constitucional, en caso de entender que la ley objeto de consideración incurre en contradicción con la Constitución, declarará la inconstitucionalidad y nulidad de la ley.

Este elemento de su régimen jurídico merece especial atención si lo consideramos a la luz de otros sistemas de justicia constitucional concentrada. Así, el Tribunal Constitucional de Chile, a raíz de la reforma constitucional operada en 2005, ve reconocida en el artículo 93.6 de la Constitución la atribución de conocer de una acción de control concreto de constitucionalidad, si bien que en este proceso debe ceñirse a “resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal”. Según especifica el artículo 93.7 del mismo texto constitucional, para que se acuerde la inconstitucionalidad de esa norma legal declarada inaplicable será preciso aun que venga sustanciado otro proceso constitucional sucesivo, este ya articulado como una acción directa, y que cabe suscitar de oficio o en virtud de la acción pública prevista a este efecto en el artículo

93.16 de la Constitución, requiriendo para su aprobación que la acción sea respaldada por el voto favorable de al menos cuatro quintos de sus componentes en ejercicio.

VII. La reforma introducida en virtud de la Ley Orgánica 6/2007

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/2007, de reforma de la LOTC, es muy expresiva al afirmar que “la ley intensifica el papel de las partes litigantes del proceso judicial en el que se planteen una cuestión de inconstitucionalidad [...] siguiendo en esto las directrices contenidas en la Sentencia de 23 de junio de 1993, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. La citada resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos instaba al legislador español a fortalecer la igualdad de partes en la cuestión de inconstitucionalidad, lo que se instrumentó adicionando un nuevo artículo 37.2 LOTC, en el que se disponía la publicación del acuerdo de admisión de estos procesos constitucionales en el Boletín Oficial del Estado y se admitía la personación en ellos de quienes hubieran sido partes en los litigios subyacentes. Con ello se incrementan sustancialmente las posibilidades de alegación de dichas partes privadas, con el fin de nivelarlas con las opciones que siempre han venido disfrutando sus contrapartes públicas que ya intervenían a través de las instituciones legitimadas. Pero no por ello la cuestión de inconstitucionalidad pierde un ápice del carácter abstracto que la caracteriza en la fase de decisión, pues, lejos de convertirse en un puro y simple proceso entre partes, sigue comportándose como un proceso en el que se dirime, ante todo, la conformidad respecto a la Constitución de un enunciado normativo general.

La Ley Orgánica 6/2007 modificó también el artículo 35.2 LOTC. Dispone después de la reforma que “el órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese...”. Con ello el legislador orgánico vino a clarificar que los órganos judiciales podían elevar cuestión de inconstitucionalidad cualquiera que fuese la resolución jurisdiccional que resultaba condicionada por la ley de cuya constitucionalidad dudaba. En realidad, no hizo otra cosa que confirmar una concepción amplia ya establecida desde antiguo en la doctrina constitucional, como evidencia con abundante expresividad el ATC 168/2016 (“el término ‘fallo’ que utiliza el artículo 163 CE equivale a cualquier decisión, sea cual que sea la forma que adopte, que ponga fin a un proceso o un incidente que haya de ser resuelto de forma definitiva (por todas, SSTC 76/1982, FJ 1; 181/2000, FJ 3; 81/2003, FJ 2, y ATC 47/1994, FJ 1). Así viene a confirmarlo, por lo demás, la vigente redacción del artículo 35.2 LOTC, resultante de la reforma introducida por la Ley Orgánica 6/2007”).

2. ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Cristián Letelier Aguilar¹

I. Introducción

“Chile es una república democrática” expresa el artículo 4 de la Carta Fundamental, lo que implica todo un compromiso de organización estatal y forma de gobierno, respondiendo ello a la tradición institucional del país, forjada por nuestros antepasados y plasmada en la historia constitucional del país. Somos una comunidad que desde los albores de la Nación tuvo un apego al derecho y un respeto por las instituciones, así lo acredita la historiografía más calificada.

Recogiendo la idiosincrasia nacional, el Constituyente de 1980 modeló un texto fundamental que respondía a los valores más genuinos del alma nacional, como lo son la libertad, la justicia, el derecho de propiedad y por sobre todo, el respeto a la dignidad de la persona. En ese contexto, perfeccionó la jurisdicción constitucional como garantía básica del Estado Constitucional de Derecho y del régimen democrático que declara el precepto constitucional señalado, dando lugar a que el catálogo de derechos consagrados en el capítulo III tuviera efectiva aplicación, y no se convirtiera en una declaración de fina lírica.

Bajo ese criterio, nuestra Constitución contiene un conjunto de acciones que, aún pudiendo cometer, desde la perspectiva estética del lenguaje, una falta de fineza, se han convertido en eficientes instrumentos para los ciudadanos en la defensa de sus derechos fundamentales. El recurso de protección, el amparo, la acción para reclamar indemnización por error judicial injustificado o arbitrario, la acción para defender la nacionalidad, el reclamo por faltas a la ética de un profesional, el recurso de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad, la consagración del derecho a ejercer la acción penal y a defenderse de ella, elevado a rango constitucional, en materia de justicia electoral, estableciendo los tribunales electorales regionales se consagra el doble conforme, al permitir el recurso de apelación ante el Tribunal Calificador de Elecciones, todos esos medios procesales contenidos y regulados en el Código Político constituyen un acervo jurídico incuestionable.

¹ Ministro Tribunal Constitucional de Chile.

Avizorando el fenómeno jurídico de la constitucionalización del derecho, el constituyente de 2005 efectuó una sustancial reforma institucional a la Carta Fundamental en actual vigor, teniendo especial relevancia el traslado de la competencia, respecto a la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad desde la Corte Suprema hacia esta Magistratura Constitucional. El éxito ha sido indudable, los números de las causas ingresadas al Tribunal Constitucional referidas a este recurso y, el ingente trabajo que todos sus funcionarios tienen debido al incremento de los mismos, demuestran que efectivamente, la inaplicabilidad se ha convertido en la práctica en una especie de amparo. A través de este medio procesal constitucional esta judicatura conoce las más variadas materias que recaen en casos de peculiar significado para la vida familiar, económica y social de quienes recurren a estos estrados. Lo cual ha ido plasmando la vivencia de una democracia constitucional en los términos que la doctrina entiende, esto es, la plena vigencia y validez de la Constitución, de las entidades establecidas en ella y de la democracia, con un pleno respeto a los derechos fundamentales de las personas.

En el contexto señalado, la judicatura constitucional encuentra plena vigencia y gran importancia, como lo ha adquirido los tribunales constitucionales que hoy día se encuentran aquí representados. En el caso chileno, se ha ido desarrollando gradualmente hasta la realidad que hoy día impera, donde el constitucional es un refugio para los ciudadanos y una entidad cautelar de los derechos cotidianos de la gente.

En este estado, es que el derecho a la acción constitucional adquiere especial relevancia, por lo que nos avocaremos a tres aspectos de singular gravitación para estimar que en Chile nos encontramos ante un Estado Constitucional de Derecho.

II. Razones de un Estado Constitucional de Derecho

1. El derecho a la acción o tutela judicial efectiva

Ante lo señalado precedentemente, el Estado de Derecho se ha convertido en un Estado Constitucional de Derecho, porque se ha ido estructurando la legislación con las limitaciones que imponen los derechos fundamentales de las personas y la razonabilidad de las mismas. Las reglas o proposiciones prescriptivas han ido en la tendencia de considerar lo que la doctrina refiere como una limitante en su elaboración, esto es, en respetar el contenido esencial del derecho fundamental y responder, en su origen, a una justificación que la haga razonable.

Bajo ese prisma, los medios procesales constitucionales se han convertido en verdaderos baluartes del derecho a la acción. Sobre este aspecto esta Magistratura Constitucional ha establecido que el derecho a la acción “constituye la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás, y que es un presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten,

retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente...”². Lo interesante, tal como algunas sentencias lo han mencionado, es que este derecho surge como una “compensación constitucional por haberse abolido y prohibido la autotutela en la solución de los conflictos”.

Así, se ha entendido “el derecho a la acción como una forma de iniciar un proceso”, esto es, un derecho de las personas el acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, también conocido en la doctrina moderna como tutela judicial efectiva. Amparado a la vez por el principio de inexcusabilidad contemplado en el artículo 76 constitucional.

Respecto a esta última, la doctrina ha expresado que el derecho a la tutela judicial “no es un derecho absoluto ejercitable en todo caso, sino que dicho derecho debe ejercerse dentro del proceso legalmente establecido, cumpliendo los requisitos fijados razonablemente a fin de no limitar o afectar sustancialmente el derecho complementario a la defensa”³.

En síntesis, la idea de la tutela judicial efectiva como acceso a la justicia, se opone a que existan trabas en el acceso a la jurisdicción, lo que trae ciertas consecuencias, las que quedan resumidas en el principio *pro actione* en virtud del cual “la tutela judicial efectiva no consiste sólo en una prohibición de inmunidad frente al control judicial, sino también en una obligación positiva del Estado de interpretar y aplicar las leyes –en especial las leyes procesales– de la manera más favorable posible para la efectiva iniciación del proceso”, evitando por ende, los formalismos que dificulten el ejercicio de la acción.

Actualmente, la tutela judicial efectiva es posible no solo en las materias que conocen los jueces del artículo 76 constitucional, sino que en materia administrativa también proceden, “asegura con amplitud el derecho de acceso a la justicia, seguido de un proceso justo, racional y ante un juez neutral, quien no se ha de doblegar ante los posibles intentos de interferencia estatal, todo ello en los art.19 N°3 y 76 de la Constitución”⁴.

Tal como señala el profesor Soto Kloss “Hoy, el Derecho Constitucional vigente no solamente franquea a los particulares determinadas acciones procesales para desafiar las actuaciones de las autoridades administrativas y del gobierno sino que, además, asegura con amplitud el derecho de acceso a la justicia, seguido de un proceso justo, racional y ante un juez neutral, quien no se ha de doblegar ante los posibles intentos de interferencia estatal; todo ello en los arts. 19 N° 3 y 76 de la Constitución”.

² STC Rol N°1470 C.9, se solicita la inaplicabilidad del artículo 474 inciso tercero del Código del Trabajo: “La resolución que aplique la multa administrativa será reclamable ante el Juez de Letras del Trabajo, dentro de quince días de notificada por un funcionario de la Dirección del Trabajo o de Carabineros de Chile, previa consignación de la tercera parte de la multa”.

³ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “El Derecho de Acceso a la Jurisdicción y al Debido Proceso en el Bloque Constitucional de Derechos en Chile”, en *La ciencia del derecho procesal constitucional* (Santiago, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. 2009).

⁴ SOTO KLOSS, EDUARDO, *Derecho Administrativo*, Temas Fundamentales, pp. 511-519).

Jurisprudencia del TC en relación al derecho a la acción o tutela judicial efectiva:

1. **STC Rol N°1130 C.6** (solicita declarar inaplicable el artículo 387, inciso segundo CPP⁵): “es preciso referirse en estas consideraciones al artículo 19, número 3°, inciso quinto, de la Constitución, en tanto establece el derecho a las garantías de un racional y justo procedimiento, que se traducen, conjuntamente con el derecho a la acción y la legalidad del juzgamiento, en el logro de la tutela judicial efectiva”.
2. **STC Rol N°2895 C.7** (solicita inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 28, inciso segundo, de la Ley N°20.285⁶): “Que el derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial efectiva, es uno de los derechos asegurados por el N°3 del artículo 19 de la Constitución, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que la Carta Fundamental se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente” (STC 792 C.8). (En el mismo sentido, STC 2697 C. 17 y 2748 c.13).
“Pero, igualmente, no cabe la menor duda de que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene una doble dimensión. Por una parte adjetiva, respecto de los otros derechos e intereses y, por otra, sustantiva pues es en sí mismo un derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de Derecho” (STC Rol N°815 C.10). (En el mismo sentido STC 1535 C.19 y 2701 c.10).

⁵ Tampoco será susceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad. No obstante, si la sentencia fuere condenatoria y la que se hubiere anulado hubiese sido absolutoria, procederá el recurso de nulidad en favor del acusado, conforme a las reglas generales.

⁶ Los órganos de la Administración del Estado no tendrán derecho a reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información que hubieren denegado, cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del número 1 del artículo 21.

3. **STC Rol N°1373 C.15** (se solicita la inaplicabilidad del artículo 768, inciso antepenúltimo CPC⁷): “Que, en armonía con lo relacionado, puede concluirse que la motivación de la sentencia es connatural a la jurisdicción y fundamento indispensable para su ejercicio. Constituye, a la vez que un deber del juzgador, un derecho para el justiciable. Es inherente al derecho a la acción y, por ende, a la concreción de la tutela judicial efectiva; elementos propios de las garantías de un procedimiento racional y justo, cuya ausencia o limitación vulnera la exigencia constitucional y autoriza declarar la inaplicabilidad del precepto objetado”.
4. **STC 946 C.24** (se solicita la inaplicabilidad del inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo⁸): “Tratándose de reclamar judicialmente de los actos de la Administración, y en forma concordante con el derecho de acceso a la justicia que, asegura el N° 3 del artículo 19, la Constitución establece expresamente en su artículo 38, inciso segundo, el derecho de cualquier persona lesionada en sus derechos por la Administración, a reclamar ante los tribunales que determine la ley”.

El derecho a la acción o tutela judicial efectiva tiene como muchas cosas, una doble faz, por una parte, el derecho a la acción en los términos que hemos señalado y que es la posición del legitimado a deducirla, pero también está el otro lado que consiste en la defensa que el demandado o acusado debe tener y el ordenamiento constitucional tiene que amparar a la luz de los principios procesales constitucionales que contemporáneamente exige todo Estado Constitucional de Derecho.

2. El Debido Proceso o Procedimiento Racional y justo

La garantía del debido proceso se configura como un requisito del Estado de Derecho, pues es considerada la garantía de las garantías, por lo que sin ella las demás no surtirían efectos.

Interesante resulta que mientras las primeras Constituciones contemplaban ciertos elementos del debido proceso, la Constitución en actual vigor establece ciertas garantías que la aseguran. De tal forma, la Comisión Ortúzar, estimó conveniente otorgar un mandato amplio al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de hacer constar en el texto cuales son los presupuestos del debido proceso, quedando entonces a cargo del legislador establecer

⁷ En los negocios a que se refiere el inciso segundo del artículo 766 sólo podrá fundarse el recurso de casación en la forma en alguna de las causales indicadas en los números 1°, 2°, 3°, 4°, 6°, 7° y 8° de este artículo y también en el número 5° cuando se haya omitido en la sentencia la decisión del asunto controvertido.

⁸ La resolución que aplique la multa administrativa será reclamable ante el Juez de Letras del Trabajo, dentro de quince días de notificada por un funcionario de la Dirección del Trabajo o de Carabineros de Chile, previa consignación de la tercera parte de la multa.

y definir tales elementos y también a cargo del Tribunal Constitucional mediante su interpretación de la Carta Fundamental, pues esta no clausura el contenido del debido proceso. En este sentido, este Tribunal Constitucional ha establecido en reiteradas ocasiones que “la Constitución no puede establecer singularmente cada una de las garantías de un debido proceso, puesto que el concepto mismo de debido proceso es dinámico y abierto”⁹.

Tal como ha sostenido Couture, “no se trata de crear un proceso cualquiera, sino un proceso idóneo para que el Estado ejerza la jurisdicción y los sujetos involucrados tengan acceso racional y justo a la solución de sus conflictos. En otros términos, un debido proceso”¹⁰.

Se ha entendido por este Tribunal que debido proceso es aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y, en definitiva, la plena eficacia del Estado de Derecho. El debido proceso, más allá de consagrar los derechos de los litigantes y el poder-deber del juez en la forma que el constituyente ha establecido para eliminar la fuerza en la solución de los conflictos, genera un medio idóneo para que cada cual pueda obtener la solución de sus conflictos a través de su desenvolvimiento. (STC Rol N° 619, c. 16°).

De esa forma, pese a que el legislador debe precisar los elementos, se ha entendido que el acto legislativo tiene que poseer siempre los rasgos de justicia y racionalidad. De esta forma, el Tribunal Constitucional ha establecido como elementos constitutivos del debido proceso y que gozan de justicia y racionalidad “la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores”¹¹.

Jurisprudencia del TC en relación al debido proceso:

1. **STC Rol N°792-07** (se solicita la inaplicabilidad del artículo 171 inciso primero segunda frase del Código Sanitario¹²): “la norma constitucional, en su significado literal, interpretación finalista y en los antecedentes de su adopción, establece, a través del concepto

⁹ STC Rol N°2111 C.20.

¹⁰ Eduardo Couture, en COLOMBO CAMPBELL, JUAN “*Debido Proceso Constitucional*” Cuadernos Tribunal Constitucional N°9 p.1(2003).

¹¹ STC Rol N°3107 C.7 se solicita la inaplicabilidad del artículo 171, inciso cuarto del Código Tributario: “Además de los lugares indicados en el artículo 41° del Código de Procedimiento Civil, la notificación podrá hacerse, en el caso del impuesto territorial, en la propiedad raíz de cuya contribución se trate”.

¹² “(...) Para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa”. Posteriormente esta norma se declaró inconstitucional por el Rol N°1345.

genérico de justo y racional procedimiento, un conjunto de límites a la libertad del legislador de aprobar reglas procesales, los que el constituyente decidió no enumerar para evitar la rigidez de la taxatividad y resguardar la necesaria diferenciación que exigen diversos tipos de procedimientos”.

2. **STC Rol N°808-07** (se solicita la inaplicabilidad del artículo 1° de la Ley N°19.989¹³): “De dicha garantía constitucional se desprende, como este Tribunal lo ha señalado de modo reiterado, que tanto los órganos judiciales como los administrativos cuando han de resolver un asunto que implique el ejercicio de la jurisdicción, han de hacerlo con fundamento en el proceso que previamente se incoe, el que ha de tramitarse de acuerdo a las reglas que señale la ley, la que siempre, esto es sin excepción alguna, ha de contemplar un procedimiento que merezca el calificativo de racional y justo”.
3. **STC Rol N°783-07** (se solicita la inconstitucionalidad en contra del Auto Acordado Relativo al Procedimiento a Utilizarse para hacer Efectiva la Responsabilidad Disciplinaria de los Funcionarios y Empleados Judiciales): “En consecuencia, las exigencias de justicia y racionalidad son aplicables al procedimiento disciplinario que origina la acción, sin que sea necesario ni útil analizar la cuestión de la naturaleza de la jurisdicción disciplinaria, tan debatida en la doctrina”.
4. **STC Rol N°3119-16** (se solicita la inaplicabilidad De los artículos 102 A a 102 M¹⁴ de la Ley N°19.968): “El debido proceso contempla, entre sus elementos constitutivos el derecho al recurso, el cual consiste en la facultad de solicitar a un tribunal superior que revise lo resuelto por el inferior, y el racional y justo procedimiento necesariamente debe contemplar la revisión de las decisiones judiciales, así, la doctrina ha señalado a este respecto que “impedir la revisión de los hechos es generar respuestas jurisdiccionales sujetas a errores y que no garantizan la debida imparcialidad del juzgador, quien no está sujeto a control, examen o revisión de lo resuelto (...)”. Williams Eduardo Valenzuela Villalobos, “Derecho al recurso”, Ed. Jurídicas de Santiago, año 2015, p.54), (STC Roles N°2743 C.26, 3119 C.19, 4572 C.13, 3100 voto disidente, c.5, entre otras).

¹³ “Facúltase a la Tesorería General de la República para retener de la devolución anual de impuestos a la renta que correspondiere a los deudores del crédito solidario universitario regulado por la ley N° 19.287 y sus modificaciones, los montos de dicho crédito que se encontraren impagos según lo informado por la entidad acreedora, en la forma que establezca el reglamento, e imputar dicho monto al pago de la mencionada deuda. La Tesorería General de la República deberá enterar los dineros retenidos por este concepto al administrador del fondo solidario de crédito universitario respectivo, en el plazo de 30 días contados desde la fecha en que debiera haberse verificado la devolución, a menos que el deudor acredite que ha solucionado el monto vencido y no pagado por concepto de crédito universitario, mediante certificado otorgado por el respectivo administrador. Si el monto de la devolución de impuestos fuere inferior a la cantidad adeudada, subsistirá la obligación del deudor por el saldo insoluto”.

¹⁴ Procedimiento contravencional ante los tribunales de familia.

5. **STC Rol N°3338-17** (se solicita la inaplicabilidad del artículo 63, N° 1, letra c), del Código Orgánico de Tribunales¹⁵): “la importancia del debido proceso, y por ende, el derecho al recurso, radica en que “el derecho a la acción no se torne ilusorio y que la persona que lo impetre no se quede en un estado objetivo de indefensión” (STC Rol N°2371 C.7), motivo por el cual, impedir la impugnación de la sentencia que acogió el recurso de queja, dejando sin efecto la rebaja de la pena impuesto a los imputados condenados, constituye una restricción del derecho de éstos, en orden a que no se pueda recurrir contra de la sentencia (...) sentencia que los perjudica, resultando frustrados sus derechos a obtener una sentencia racional y justa”.

3. Eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional de Chile

En los países con un sistema de jurisdicción constitucional concentrada, como es el caso de Chile, la sentencia del Tribunal o Corte Constitucional adopta el carácter de cosa juzgada formal y material. La primero, implica que no puede ser revisada por otro órgano jurisdiccional nacional, independiente de lo resuelto, salvo en los casos que ella sea revisable. Por lo cual, la etapa que sigue es la obligación del Estado de ejecutar la sentencia.

En el caso del Tribunal Constitucional Chileno, no hay alusión explícita a la cosa juzgada formal (como si las hay en otros ordenamientos jurídicos), sino que se desprende del artículo 94 de la Constitución establece que “*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*”.

Por otro lado, la cosa juzgada material se refiere a la inmutabilidad del fallo esto es, la imposibilidad de reabrir el debate sobre el contenido de lo fallado a través de otro proceso o procedimiento. A este respecto la doctrina ha estimado que “Esta cosa juzgada material se produce cuando la resolución del juez constitucional resuelve el fondo del asunto suscitado por el contenido normativo de un precepto, imposibilitando replantear el asunto ya definido, produciendo la intangibilidad del fallo. Puede sostenerse que en la sentencia constitucional la *cosa juzgada formal* recae sobre enunciados jurídicos, mientras que *la cosa juzgada material* recae sobre normas emanadas de los enunciados jurídicos. En el ámbito de la jurisdicción constitucional la cosa juzgada material no siempre se produce”¹⁶.

¹⁵ Art. 63. Las Cortes de Apelaciones conocerán:
1° En única instancia: c) De los recursos de queja que se deduzcan en contra de jueces de letras, jueces de policía local, jueces árbitros y órganos que ejerzan jurisdicción, dentro de su territorio jurisdiccional;

¹⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO “*La sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: análisis y reflexiones jurídicas*” Estudios Constitucionales Año 8, N°1, 2010 p. 83.

En consideración a ello, se sostiene que la sentencia del Tribunal Constitucional produce cosa juzgada formal, en la medida que no existe posibilidad de revisión de dichas sentencias y que carecería de vínculo obligatorio, especialmente para los jueces pertenecientes a los tribunales ordinarios de justicia.

Nuestra tesis es afirmar y demostrar, en la medida de lo posible, que las sentencias del Tribunal Constitucional de Chile son obligatorias para todos los órganos del Estado, las entidades privadas y las personas intervinientes en los procesos constitucionales pertinentes.

Así como veíamos el inciso primero del artículo 94 constitucional, en los términos que hemos señalado, los incisos posteriores de este precepto fundamental son muy precisos en determinar los efectos concretos que tiene, los fallos en materias específicas. Sobre este aspecto y en relación al control preventivo de un proyecto de ley o decreto con fuerza de ley de que se trata, el inciso segundo señala “que las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley”. Lo ordena nada menos que el texto constitucional. A continuación, y referido a la facultad del Tribunal Constitucional de resolver sobre la constitucionalidad de un decreto supremo dictado por el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria, el inciso tercero del precepto constitucional dispone “el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho con el sólo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo”. A reglón seguido, la misma disposición refiriéndose al control de constitucionalidad de los autos acordados, sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley, o sobre la inconstitucionalidad de un precepto legal, que previamente haya sido declarado inaplicable, ordena la disposición que el precepto declarado inconstitucional se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que desde luego no tendrá efecto retroactivo.

En consecuencia, en los casos reseñados hay texto expreso constitucional en cuanto a los efectos jurídicos que tiene la sentencia del tribunal.

En las otras materias, particularmente en aquella acción que con mayor asiduidad conoce la Magistratura Constitucional Chilena, esto es la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el constituyente no dijo expresamente los efectos que tendrían en el caso concreto lo resuelto por esta Magistratura. No obstante, el constituyente del año 2005 consideró inoficioso establecer expresamente que las sentencias recaídas en esta clase de recursos eran obligatorio para el tribunal que conociera de la gestión pendiente.

Lo que se deduce precisamente de lo establecido en el artículo 6° constitucional, en cuanto, dispone que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella y garantizar el orden institucional de la República, obligándose tanto a los titulares como integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo a respetar los preceptos de la Constitución.

Parecería un despropósito que habiendo el constituyente consagrado y regulado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el texto fundamental y establecido el tribunal competente llamado a conocerlo, no otorgarle la eficacia a las resoluciones que ella dicte.

Como señala la sentencia N°591 de 11 de enero de 2007 “La jurisdicción constitucional debe asegurar que, efectivamente, todas las autoridades públicas sujeten sus actos (aquí quedan comprendidos, entre otros, las leyes, las sentencias y los actos administrativos) a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales se desarrolle dentro de un ámbito correcto y de legítimo ejercicio de la función constitucional que les compete”.

Por consiguiente, no hay duda alguna que las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional de Chile en aquellos procesos que expresamente no señalan el efecto que ellas tienen, no le quitan la fuerza obligatoria de que se cumplan íntegra y oportunamente, ello en beneficio de las personas partes en el juicio pertinente, pero por sobre todo porque la democracia constitucional requiere una jurisdicción constitucional fuerte y eficaz.

De esta manera estaremos concretando que los valores y los principios en que se desenvuelve la convivencia nacional haga posible la paz y la prosperidad de nuestro país.

3. DEL ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DEL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD

Raúl Tavolari Oliveros¹

I. Introducción

Coincido con quienes opinan que *la justicia constitucional debe ser considerada como una manifestación del Estado Constitucional*, en cuanto supone la consagración del principio de suprallegalidad constitucional, la tutela de los derechos y libertades y la aceptación del principio de división del ejercicio del poder político, de lo que se infiere que *el control de constitucionalidad es el mecanismo de defensa de la Constitución*; por lo tanto, es el mecanismo de control del ejercicio del poder político, haciendo efectivos los límites a su ejercicio previstos por la Constitución; y finalmente, no solo es el mecanismo de protección y defensa de los derechos humanos **sino el medio por el que el individuo se protege frente al poder público**.

Sabemos todos, que Kelsen concibió el Tribunal Constitucional como el órgano que tendría el monopolio del control de constitucionalidad de las leyes, con naturaleza especial de «legislador negativo», pretendiendo que este ejerciera una función complementaria respecto del Poder Legislativo, no animado por una actitud de desconfianza hacia el parlamento, sino por el contrario, por un deseo de reforzarlo, protegiéndolo frente a los jueces. Kelsen entendía que la anulación de una ley no puede consistir en una mera desaplicación en un caso concreto como sucede en el «*judicial review*» norteamericano, porque la anulación tiene el mismo carácter de generalidad que su elaboración,

De allí que el Tribunal Constitucional sea un órgano llamado a colaborar con el poder legislativo, reafirmando el principio de sujeción de los jueces a la ley.

Entre nosotros, e históricamente, la inaplicabilidad es una modalidad de rechazo constitucional de extensión limitada exclusivamente al caso concreto en controversia. El acceso a la Justicia –así, sin apellidos ni adjetivos– constituye una aspiración, al tiempo que un derecho de toda persona que vive bajo un *Rechtsstaat*: se trata de la alternativa de heterocomposición que exige la convivencia humana pacífica, establecido que la sola circunstancia de tal convivencia constituye una alternativa casi inevitable de algún conflicto.

¹ Profesor Emérito de Derecho Procesal, Universidad de Valparaíso.

La garantía del acceso a la justicia comprende el derecho a la tutela judicial, el derecho a un recurso efectivo y el derecho a la igualdad. Todo lo cual importa, específicamente, el acceso a un órgano jurisdiccional predeterminado, independiente e imparcial, que decida basándose en el derecho, tras un proceso que respete las garantías procesales,

Que la preocupación por el acceso a la Justicia así, a secas, constituye históricamente, un tema relevante, no admite discusión: pero no podemos dejar de preguntarnos *¿cómo* hubimos de esperar hasta el siglo XIII para que, presionado por sus nobles, un Rey Sin Tierra, tuviera que proclamar que “... Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares o por ley del reino”.

Y se agregara:

“No venderemos, denegaremos ni retrasaremos a nadie su derecho ni la justicia”.

Y no pasó largo tiempo hasta que, en 1495, bajo el reinado de Enrique VII, el Parlamento de Inglaterra aprobó una ley especial para garantizar, específicamente a las personas indigentes, el derecho a asistencia jurídica gratuita en los procesos civiles ante los tribunales del *Common Law*.

En el siglo pasado, la inquietud reaparece con fuerza en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

La recogen, más tarde, el Art 2.3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, en esta parte del mundo, el Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica.

En tiempos recientes, ella motivó que la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Brasilia, los días 4 a 6 de marzo de 2008, aprobara las denominadas Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.

Los antecedentes que anoto se caracterizan, en general, desde el documento inglés hasta el aprobado en el Brasil, por atender a reparar una necesidad de quienes carecen de medios, vías o posibilidades de llegar a obtener una solución jurisdiccional para el conflicto que lo aqueja.

Acceder a la justicia, por lo tanto, implica la posibilidad de convertir una circunstancia que puede o no ser percibida inicialmente como un problema, en un cuestionamiento de naturaleza jurídica; el acceso a la justicia, entonces, incluye el acceso al sistema judicial o al mecanismo institucional competente para atender el reclamo; el acceso a un buen servicio de justicia que brinde un pronunciamiento judicial o administrativo justo, en un tiempo prudencial; y por último, el conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos y de los medios para poder ejercerlo. **Sin embargo, en ocasiones, da la impresión de que se conforma una díada inescindible entre falta de acceso a la justicia y carencia de medios económicos o materiales, en circunstancias que el tema es de mucho mayor amplitud.**

Reitero, el tema del acceso a la justicia es reconocimiento a la persona, al individuo, al sujeto único, con sus virtudes y defectos y a quien, en ocasiones, ni la Ley ni la Constitución Política son capaces de otorgarle el amparo, la protección o la solución que reclama del Ordenamiento Jurídico el país.

Hoy constituye un lugar común, afirmar que un Estado de derecho supone, entre otras cuestiones básicas, confirmar el aseguramiento de esta posibilidad a cada cual, de recurrir a impetrar la justicia, pero en función de lo que se viene afirmando, aparece lo relevante que significa enaltecer el concepto del control concreto de constitucionalidad para superar el régimen del control abstracto.

En su *Ética Nicomaquea*, Aristóteles vinculando justicia con equidad explica que “lo equitativo, siendo mejor que cierta justicia, es justo”, lo que le lleva a afirmar que “*lo justo y lo equitativo son lo mismo y, siendo ambos buenos es, con todo superior lo equitativo*”.

Toda ley es general y, por ser general –enseña–, la ley toma en consideración lo que más ordinariamente acaece, sin desconocer, por ello, la posibilidad del error y no por ello es menos recta, porque el error no está en la ley ni en el legislador, sino en la naturaleza del hecho concreto...

La causa de que no todo pueda determinarse por la ley, agrega, es que sobre ciertas cosas es imposible establecer una ley... sino que hace falta un decreto –o una resolución– porque para lo indefinido, la regla también debe ser indefinida, como la regla de plomo usada en la arquitectura de Lesbos, regla que se acomoda a la forma de la piedra.

Así también el decreto, dice él –la resolución constitucional, digo yo–, debe acomodarse a los hechos.

La garantía del acceso a la justicia para todos, más allá de una aplicación concreta del derecho a la igualdad, constituye, en mi concepto, una aplicación concreta del respeto a la libertad y a la dignidad individual de cada persona: el punto es extremadamente relevante, en tiempos que, sin calificar intención o, todavía, partiendo de la base de que se opera con la mejor de las intenciones, por doquier, aparece un afán que, en cuanto generalista, deviene en igualitario, expresión tomado en el sentido, de indiferente a las peculiaridades propias de cada individuo.

Es que éste –el individuo y sus aflicciones, derechos y esperanzas–, pareciera dejarse de lado, en procura de otros afanes, como acontece con la teoría que, propugnando un análisis económico del derecho, entrega una perspectiva de derecho instrumental que permite efectuar un análisis crítico de instituciones y leyes, desde el punto de vista de la **eficiencia**, del ahorro de los recursos económicos, materiales y personales, y humanos y, permítanme enfatizarlo, con desprecio manifiesto de la persona; del ser humano, de ese ser único, irrepetible.

Adicionalmente, empero, cuando de lo que se trata es de acceso a la justicia constitucional, en la lectura resulta imperioso, emplear el prisma democrático: los órganos encargados de impartir la Justicia, usualmente, deben enfrentar el desafío que imponen normas jurídicas que, aprobadas por mayorías ocasionales o de escasa significación, atentan contra principios básico de la convivencia o de la organización social, contenidas en las Constituciones –lo que les granjea, de inmediato, (si

los sabremos en Chile)–, la censura política de los que discrepan del fallo que se dicta, incluyendo a veces no solo a los legisladores, sino a los jueces del sistema ordinario de Justicia.

Con este preámbulo, me parece que es posible analizar el tema del acceso a la justicia constitucional bajo el prisma de la modalidad que, en Chile, denominamos, requerimiento de inaplicabilidad y que es la vía para que un litigante obtenga del TC, la declaración de que una norma legal, no se aplique en la decisión del litigio en que él es parte por resultar que, en su caso específico, la aplicación del precepto termina contrariando una norma constitucional.

La importancia de obtener adecuadas sentencias constitucionales radica en que ellas constituyen “... un acto en el cual se reúnen circunstancias políticas, realidades jurídicas y evidentes necesidades de interpretación, fundadas en la hermenéutica constitucional...”.

De estos términos, se desprende un conjunto de consecuencias que quisiera, simplemente, sintetizar, afirmando que no resulta posible, ni aún al influjo de quienes piensan que éstas son materias de derecho procesal constitucional, (Couture, Sagües, González Pérez) antes que de derecho constitucional procesal, (Fix Zamudio, García Belaúnde), efectuar un trasvase automático o mecánico de institutos procesales a la realidad que impone la justicia constitucional y su instrumento, el proceso constitucional, todo lo cual es relevante para quienes litigan ante el TC:

II. Análisis

De acuerdo al Art 93 N° 6 de la Constitución Política vigente, compete al Tribunal Constitucional

Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución;

Con arreglo a lo previsto en el artículo 80 de la ley 17.997, el **requerimiento de inaplicabilidad** sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional.

Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas.

OPORTUNIDAD: Puede oponerse respecto de cualquier gestión judicial en tramitación, y en cualquier oportunidad procesal en que se advierta que la aplicación de un precepto legal que pueda ser decisivo en la resolución del asunto resulta contraria a la Constitución

Pues bien, la denegación de acceso a la justicia constitucional tiene lugar a través de la declaración por la que no se admite a tramitación o se declara inadmisibles un requerimiento de inaplicabilidad.

1. El requerimiento no acogido a tramitación

Dispone la Ley que no se acogerá a tramitación el requerimiento, si no cumple con las exigencias de los artículos 79² y 80³ normas que contienen meras exigencias formales, por lo que se trata del caso en que el Tribunal ha de fijar un plazo de tres días para que subsanen y, sólo si así no aconteciera,

1. **No se le acoge a tramitación** (¿no acoger a tramitación, será lo mismo que declarar inadmisibile...?) y
2. Se le **tiene por no presentado, para todos los efectos legales**, lo que importa que, como **la fórmula legal significa que nunca existió en el mundo del derecho, se podrá renovar al día siguiente, sin impedimento alguno**⁴.

2. El requerimiento declarado inadmisibile

Causales de inadmisibilidat de los requerimientos de inaplicabilidad.

- 1° Que el requerimiento no sea formulado por una persona u órgano legitimado;
- 2° Que la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;
- 3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada;
- 4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;

² Artículo 79. En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.

Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados. Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.

El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso.

³ Artículo 80.- El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas.

⁴ A riesgo –consciente– de la reiteración excesiva, no puedo dejar de llamar la atención en torno a la fecundidad conceptual de nuestro legislador que, de modo indiscriminado, nos regala, como sanciones autónomas, paralelas y consecuenciales, i) **la declaración de inadmisibilidat**, ii) **la decisión de no acoger a tramitación** y iii) el efecto de tener un requerimiento por **no presentado para todos los efectos legales**.

- 5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto; y
- 6° Cuando carezca de fundamento plausible.

III. Las hipótesis de inadmisibilidad

1° Que el requerimiento no sea formulado por una persona u órgano legitimado.

Esta exigencia no parece ofrecer complejidades, porque solo pueden ser legitimados el juez o tribunal que conoce de la cuestión pendiente y las partes de la gestión

Podrá tornarse más ardua, cuando tal calificación previa no existe, porque impondrá la necesidad, por ejemplo, de analizar la situación de los terceros en el juicio, del sustituto procesal, etc. Con todo, el tema escapa a la órbita del legislador, porque es la propia Constitución Política la que ha determinado a las personas calificadas para formular los requerimientos y, preciso, es reconocerlo, en ocasiones, imponiendo limitaciones absurdas, como es, por ejemplo, la que impide a los particulares afectados, impugnar la constitucionalidad de un Decreto Supremo.

2° Que la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea:

- i. ejerciendo el control preventivo o
- ii. conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva.

Esta hipótesis –a la cual la Ley no le asigna denominaciones– corresponde al efecto negativo de la cosa juzgada, esto es, la prohibición de volverse a juzgar lo que ya fue materia de decisión jurisdiccional.

Se advierten los elementos determinantes para producir este resultado: un mismo precepto legal y un mismo vicio imputado –o analizado– como eventual contradictor del texto constitucional.

El control “preventivo” de constitucionalidad es el que tiene lugar, obligatoriamente, antes de que el proyecto o las normas respectivas entren en vigencia y puede ejercerse, sea por mandato constitucional, en atención a la naturaleza de la disposición o del proyecto (los casos previstos en el numeral 1 del artículo constitucional 93 que se refieren al control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas) o puede, además, verificarse, si durante la tramitación de un proyecto de ley se promueve una cuestión de constitucionalidad (art 93 n°3).

Posiblemente, lo más interesante que impone la disposición, es la determinación de los denominados límites objetivos de la cosa juzgada, vale decir, la determinación de la parte de los fallos

que provoca este efecto negativo: ¿se trata solamente de lo decisorio o comprende también aquello que el tribunal consignó en sus motivaciones para fundar su resolución?

Puesto que el texto de la ley 17.997 exige se compruebe que el vicio que se imputa en el requerimiento, haya sido materia de decisión al ejercerse el control preventivo, me parece incuestionable que para resolver la controversia, resultará indispensable analizar las motivaciones del TC al ejercer su control preventivo, establecido, por lo demás que, usualmente, la decisión final de constitucionalidad se limita a sostener que el precepto legal consultado transgredió, o no, la normativa constitucional, sin detallar los aspectos que se tomaron en cuenta para efectuar el control.

Con todo, resulta necesario reparar en que este precepto, en la práctica, recoge la idea de un control abstracto de constitucionalidad, carácter que, incuestionable e inevitablemente, tiene el llamado “control preventivo”⁵.

Lo anterior obliga a guardarse de confundir el examen que impone este texto de la Ley Orgánica Constitucional, con la jurisprudencia del mismo TC que, reiterando el sentido del control concreto de constitucionalidad, ha sostenido que “... *si bien, en ocasiones, ha declarado la conformidad de esta regla [se refiere a la que establece una modalidad de solve et repete] con la Carta Fundamental, como ocurrió en los roles N° 92, sobre Instituciones de Salud Provisional, y N° 287, ... en otros ha decidido lo contrario, como recientemente lo hiciera en el Rol N° 536, sobre Ley de Subcontratación...*”⁶.

⁵ En voto de minoría del fallo del rol 1288 de 25 de agosto de 2009, por el que el TC se pronunció sobre la constitucionalidad de las disposiciones de la ley que modificó su LOC, fundando su opinión de que el precepto que como es inconstitucional, **pero sin aludir, específicamente al reparo que señalo**, los Ministros señores Bertelsen y Vodanovic sostuvieron

“... **3.** Que, como este Tribunal ha dicho en reiteradas sentencias (vid. roles N°s 478, 546, 473, 517, 535, 588, 589, 608 y 623, entre otros), reflexionando sobre la naturaleza de la actual acción de inaplicabilidad y sus diferencias con la similar prevista en la Carta Fundamental con anterioridad a la reforma del año 2005, destaca especialmente “la constatación de que de la simple comparación del texto de la norma actual con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental, que entregaba esta facultad a la Corte Suprema, **se desprende que mientras antes se trataba de una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora se está en presencia de una situación diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando así una clara diferencia con la regulación prevista por el texto constitucional anterior**”. Además, “lo dicho deja de manifiesto que las características y circunstancias del caso concreto de que se trate, han adquirido en la actualidad una relevancia mayor de la que debía atribuírseles antes de 2005 pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional” (Rol N° 608, considerando decimoprimer);

4. Que, por tanto y conforme a la naturaleza de la actual acción de inaplicabilidad, puede perfectamente ocurrir que una norma en abstracto sea constitucional, pero en concreto –en su aplicación a una gestión pendiente que se siga ante un tribunal– sea inconstitucional, y esta Magistratura debe hacerse cargo de ello.

⁶ *Idem* nota 32.

El TC compartiendo esta idea, no hizo análisis especial del precepto, en la sentencia por la que resolvió preventivamente, la constitucionalidad de la Ley 20.381 y la materia apenas se toca, tangencialmente, en alguna disidencia.

Es efectivo que la referencia al “mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva” induce a pensar que se trata de idéntico reproche formulado en uno y otro requerimiento, con lo que se **descarta, en principio, la idea de que el control preventivo sea el obligatorio, toda vez que en éste, no se imputa a la norma vicio alguno**⁷, pero, sin perjuicio del comentario asentado en la nota a pie de página, me parece incontrovertible que si el reproche constitucional que se formula en el requerimiento de inaplicabilidad, es idéntico al que motivó, durante el tránsito legislativo, la cuestión de constitucionalidad, el sentido de esta norma es que debe declararse inadmisibles el requerimiento, con lo que **pasamos de un control concreto de constitucionalidad, a uno abstracto...**

3° Cuando no exista gestión judicial “pendiente en tramitación”, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada⁸.

La Constitución autoriza la declaración de inaplicabilidad si la norma de la que se trata se aplica o se puede aplicar “en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial”: hoy, en cambio, se precisa que la gestión debe ser una “judicial pendiente”, lo que resulta casi innecesario cuando se recuerda, en primer término que, el adjetivo “judicial” significa “perteneciente o relativo al juicio, a la administración de justicia o a la judicatura” y, en segundo lugar, que el artículo constitucional 93 n° 6 se refiere a “cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial” con lo que el atributo de la gestión estaba ya precisado.

Sostener, en cambio, que se requiere de una gestión judicial, “**pendiente en tramitación**” representa incurrir en una tautología inaceptable a este nivel, porque no parece posible concebir la existencia de gestiones judiciales pendientes que no se encuentren en tramitación.

¿O importará el tema una referencia a que las partes hayan cesado de impulsar el avance de la tramitación?

La pendencia como la tramitación concluyen con la sentencia ejecutoriada, juicio que no merece comentarios.

⁷ Aquí aparece la relevancia de lo que, en el ámbito de la cosa juzgada tradicional, se denominan los “límites objetivos”, porque podría suceder que, con motivo de este control preventivo obligatorio, el propio TC hubiere declarado constitucional la norma no sin antes haber reflexionado acerca de algunos de sus términos, modalidades o circunstancias que hacían discutible su constitucionalidad. En estos casos, ¿podría proponerse la inaplicabilidad del precepto afirmándose que su aplicación en la gestión concreta podría ser inconstitucional o se le declararía inadmisible, por mandato de la disposición que comento?

⁸ La ley no alude a que la gestión debe estar pendiente “ante un tribunal ordinario o especial” como exige el artículo 93 constitucional pero esta circunstancia la condición de requisito constitucional del tribunal ante el cual se desarrolla la actividad –excusa la falta de referencia de la Ley orgánica.

¿Y si la gestión concluye después de iniciada la tramitación del requerimiento?

Con todo, es preciso resolver, a propósito de la gestión pendiente la vinculación entre juicio de admisibilidad y juicio estimatorio. Si es claro que la pendencia debe darse al momento de la interposición del requerimiento, es dable preguntarse por la suerte de éste si, en tanto se sustancia el requerimiento, se dicta sentencia ejecutoriada⁹.

Es que, es hora de dilucidar si se ajusta a derecho la sentencia del TC que –como ya ha ocurrido– niega lugar al requerimiento por la circunstancia de dictarse sentencia ejecutoriada mientras la cuestión ante el TC se tramita.

Si bien es cierto que el tema fundamental, es que se deje de aplicar un precepto legal que vulnera la Carta –propósito que no se alcanzaría si al pronunciarse el TC, la cuestión que origina el requerimiento ya está fallada– no lo es menos, que la Constitución exige comprobar la existencia de la gestión pendiente, a los **efectos de pronunciarse sobre la admisibilidad del reclamo constitucional**, lo que aporta un elemento temporal manifiesto: la gestión ha de estar en movimiento al darse comienzo a la tramitación constitucional por mucho que, como adelanté, la finalidad de la actividad sea evitar que la gestión se resuelva aplicándose un precepto legal inconstitucional.

Como en relación a una situación diferente, alguna vez apuntara don Manuel Egidio Ballesteros, sería un “verdadero sarcasmo”¹⁰, que, por ejemplo, por la demora en la tramitación ante el T.C. la gestión judicial quedare afinada antes de que éste emitiera su decisión, lo que conduciría al rechazo, porque semejante criterio importaría que parte decisiva de la suerte del reclamo constitucional se juzgaría en la resolución en torno a suspender o no el procedimiento... o que ella quedaría supe- ditada a la carga de trabajo o a la celeridad del T.C.¹¹

⁹ Dubitativamente, el TC parece privilegiar la pendencia de la gestión al iniciarse la tramitación ante él “... Que, de esta forma, **al momento de ingresar la petición de inaplicabilidad** por parte del referido Juez de Garantía, existía una gestión pendiente, en términos tales que la disposición podía aún ser aplicada en la causa...”; Cr. Rol 1065 de 18 diciembre de 2008.

¹⁰ En nota a su Proyecto de Código de Procedimiento Penal y explicando las razones por las que no incluía la posibilidad –tristemente acogida más tarde– de que se pudiese reformar empeorando las sentencias, el insigne Manuel Egidio Ballesteros escribió. “si sólo el reo encuentra agravante la sentencia de primera instancia y si sólo él solicita su revisión, es un verdadero sarcasmo que el uso de este recurso con el que la ley ha querido favorecerlo pueda tornarse para él en un perjuicio...” Cfr Orígenes del art.563 en “Los Códigos Chilenos anotados. Código de Procedimiento Penal” Santiago Lazo Poblete Cruzat Hnos 1916.

¹¹ Esta absurda e inaceptable situación parece darse en la causa rol 500-2006, y que comenta acertada y críticamente Eduardo Aldunate Cfr su “Jurisprudencia Constitucional 2008-2008. Estudio Selectivo”. LegalPublishing 2009 pág. 30.

En el rol 1494/2009, fallado el 3 de noviembre de 2009, aparece que tratándose de un recurso de protección, se impetró una inaplicabilidad (y se pidió suspensión del procedimiento) el **17 de septiembre**, día en que también se ordenó dar cuenta de la admisibilidad. La Sala, recién el **29 de ese mes**, ordenó que previamente se acompañaran unas copias, resolución que volvió a emitir, cuando el **16 de octubre**, el recurrente reiteró su pedido de suspensión. El **27 de ese mes**, teniendo los trámites por cumplidos, el TC ordenó se certificara el

De lege ferenda, entonces, soy partidario de introducir una modificación que conduzca a que, por ministerio de la ley, la tramitación de la gestión se suspenda, una vez que la causa llegue al estado de sentencia.

Esta causal –falta de gestión pendiente– admite una lectura muy simple: no hay gestión pendiente porque su tramitación concluyó. Mas hay otra algo más compleja: no hay gestión pendiente porque no ha comenzado aún. Si en este supuesto, alguien dedujera un requerimiento, con la idea de que en la gestión futura no se aplique, verá que el T.C. declarará inadmisibles sus pretensiones, pero nada impedirá que, nacida a la vida del derecho la pueda reiterar. Es un clarísimo ejemplo de inadmisibilidad por falta de gestión que no obsta a la reiteración o si se quiere –para usar el lenguaje tradicional– que no produce cosa juzgada.

Del mismo modo, si la gestión fue promovida en sede administrativa, la declaración de inadmisibilidad resultará preceptiva. Así, por lo demás, lo ha fallado el T.C. sosteniendo “... resulta evidente que el requerimiento deducido en autos no cumple con la exigencia según la cual éste debe incidir en una gestión pendiente ante un “*tribunal ordinario o especial*”, atendido que, en el caso concreto invocado, la Tesorería General de la República no actúa en calidad de tribunal. Que, en consecuencia, al no verificarse el requisito aludido precedentemente, el requerimiento debe ser declarado inadmisibles...”¹².

La declaración anterior, obviamente no impide que, llevada la cuestión a sede jurisdiccional, motive un nuevo requerimiento al T.C. por los mismos motivos y en función de las mismas normas denunciadas, lo que da lugar a una reiteración de una pretensión de inaplicabilidad antes declarada inadmisibles: no hay cosa juzgada.

“Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ANTE UN TRIBUNAL ORDINARIO O ESPECIAL, resulte contraria a la Constitución;”

Si la cuestión se ventila ante un árbitro arbitrador, habría argumentos para afirmar que no admite requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, tanto porque a la indubitada condición, de no aparecer el “árbitro arbitrador” mencionado en la dñada “tribunal ordinario o

estado actual de la gestión en la que incidía la inaplicabilidad, certificándose que ella había sido fallada por la C. Suprema **el día anterior**. En razón de lo cual se rechazó el requerimiento por no haber gestión pendiente... ¿Será, realmente, éste, el sentido de la exigencia de gestión pendiente o, en cambio será el que dicha gestión no debe estar afinada cuando se impetra el requerimiento? Es que, en una interpretación y aplicación de buena fe, participativa y desprejuiciada, me parece que el interesado cumple, llegando al TC mientras penda la gestión, toda vez que –como resulta, parcialmente, del caso que transcribo– no siempre le es imputable la demora en que se conceda la orden de suspensión.

¹² Rol 1392. 01.07.2009.

especial”¹³ se une la circunstancia de saber, anticipadamente, que no parece probable la existencia de interpretación de preceptos legales cuya aplicación pueda contraria la Constitución, atendido el hecho de resolver el arbitrador con arreglo a su prudencia y a la equidad.

El tema, empero, no parece preocupar al T.C.: así, conociendo en los autos rol N° 1218 –fallados el 7 de julio de 2009– la solicitud de doña María Ximena Osorio Sagredo, quien por sí, e invocando su condición de pensionada, recurrió a esa Magistratura, solicitando se declarara inaplicable, en la causa Rol de Ingreso N° 10.913-2008, de la que conocía, como **árbitro arbitrador**, el Intendente de Fondos y Seguros de Salud, la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 –introducido por la Ley N° 20.015– lisa y llanamente acogió el pedido. Es de notar que, a lo menos de la lectura de la sentencia resulta que la cuestión en torno a la naturaleza del tribunal ante el cual estaba pendiente la gestión, no se planteó en la causa.

¿Y si la controversia se ha planteado ante un árbitro de Derecho?

Mi opinión es que una interpretación constitucional cautelante de los derechos individuales y de las garantías de las personas –la mayor de las cuales no puede sino ser el que se la juzgue con arreglo al marco normativo constitucional– debería conducir a estimar que no puede leerse la norma como excluyente de los árbitros de Derecho ni, menos aún en arbitrajes forzosos, esta singularidad nacional.

¿Qué razón, fuera de la exégesis tradicional nacional, podría esgrimirse para afirmar, por ejemplo, que una norma legal que dispusiera que los derechos de los comuneros en el caudal común disminuirán en proporción al envejecimiento del titular del derecho –y que se invoca en un juicio de partición¹⁴ tramitándose ante un árbitro de derecho– no podría ser impugnado de inconstitucional, para obtener se le declarara inaplicable?

Aflora, acá, el apasionante tema de la hermenéutica constitucional, al que más adelante me refiero, brevemente.

4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal.

Desde luego, habrá que anotar que la censura debe dirigirse en contra de un precepto legal, en razón de lo cual si se tratare, por ejemplo de una resolución judicial, es procedente declararla inadmisibles, como lo ha hecho el TC, sosteniendo que “de lo expuesto por la requirente, es claro

¹³ La clasificación de tribunales ordinarios, especiales y arbitrales, que emana del artículo 5° del C. Orgánico de Tribunales, no admite dudas y deja sin respaldo legal, las antiguas opiniones que incluían a los árbitros entre los tribunales especiales, como se leía, en la primera edición de la conocida obra de P. Aylwin Es necesario, empero reconocer que la doctrina antigua y tradicional –incluyendo al destacado publicista Alejandro Silva Bascuñán– comparte la idea de que los tribunales arbitrales son “especiales”.

¹⁴ Por mandato del artículo 227 N° 2 del Código Orgánico de Tribunales, en Chile la partición de bienes es de competencia exclusiva de los tribunales arbitrales.

que lo impugnado es una “resolución” o “criterio” del Pleno de la Corte Suprema, según lo señala el propio requirente, y no un precepto legal, como lo exige el artículo 93, inciso primero, N° 6, e inciso undécimo de la Constitución, como presupuesto necesario para deducir la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante este Tribunal Constitucional y, como lo ha señalado, reiteradamente, esta Magistratura, la acción de inaplicabilidad **no resulta procedente como mecanismo para impugnar resoluciones judiciales**¹⁵.

Resuelta en la forma indicada, la materia no podrá rediscutirse: hay cosa juzgada.

Corresponde, igualmente sancionar con la inadmisibilidad, si aludiéndose a una disposición legal, lo que en verdad acontece es que se reclama contra la interpretación que de la misma se efectúe. Así ha proclamado el TC: “... *el reproche que formula el actor se dirige en contra de la actuación del juez, mas no respecto de un precepto legal que pueda resultar derecho aplicable en la gestión judicial pendiente de que se trata. Es decir, lo que se plantea por el requirente constituye una cuestión de interpretación de la ley, que constituye un asunto ajeno al marco de atribuciones de este órgano de jurisdicción constitucional en sede de inaplicabilidad*”¹⁶.

5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto.

Esta causal, aun cuando demanda, en mi concepto, arriesgadamente, un juicio adelantado sobre una cuestión de fondo¹⁷, dará margen a reiteración, lo que se explica por motivaciones muy diferentes entre sí. Lo más simple, se traduce en cuestiones formales, como resulta del reciente fallo

¹⁵ Rol 1349 02.04.2009. Coincidiendo, en principio, con el criterio, advierto de los peligros que él entraña: no hay aplicación sin interpretación o, a la inversa, toda aplicación de norma, es interpretación práctica de la misma (Kelsen, Cossio, etc). Es que, ¿cómo puedo estimar que la aplicación de una norma (control concreto y no abstracto) vulnerará la Constitución, sin proponer, anticipadamente, una opción de aplicación, lo que representa interpretarla en un sentido y no en otro? Tengo la impresión de que, el criterio que descarta la interpretación de la norma en el control de constitucionalidad, es propio de un sistema de control abstracto, que constituye una suerte de verdadero ajuste mecánico entre el texto constitucional y el legal, para advertir si hay o no contradicción o coincidencia entre ambos.

El T.C. me parece, deberá proceder con enorme precaución en este terreno, porque el riesgo de deslizarse hacia una actitud de rechazo automático de los requerimientos, a pretexto de plantearse en ellos, meros temas de interpretación de ley, es altísimo.

¹⁶ Rol 1350 07.04.2009.

¹⁷ En sentencia de 29 de enero de 2010, dictada en el rol **1445**, el Tribunal Constitucional ha descartado el peligro de que su sentencia constituya un juicio adelantado sobre el fondo y, además, ha consignado que la omisión en que incurra el recurrente en el sentido de dejar de impugnar constitucionalmente otros preceptos contrarios a la Carta, no obsta a que el requerimiento se acoja.

Ha declarado que él “... no se encuentra convocado a establecer con absoluta certeza si los preceptos impugnados serán considerados por el juez del fondo para decidir el caso concreto, sino que **basta que tenga la convicción de que puedan ser derecho aplicable**”.

del TC que, pronunciándose sobre un requerimiento deducido en representación de un imputado penal que, a la sazón estaba en el extranjero, y haciendo notar la imposibilidad de que se juzgue, entre nosotros, a alguien, en su rebeldía, resolvió, que *mientras el requirente no comparezca en el juicio, el precepto legal cuestionado no podrá aplicarse decisivamente en la resolución del asunto que se invoca en el libelo bajo examen, por lo que, en la especie, no se da cumplimiento a uno de los presupuestos que la Carta Fundamental prevé para declarar la admisibilidad de un requerimiento de inaplicabilidad*¹⁸.

Operará en la especie, el brocardo “*rebus sic stantibus*” que en Chile Pereira Anabalón y Francisco Hoyos¹⁹ emplearon para dar a luz a la noción de la cosa juzgada sustancial provisional, lo que significa que variando las circunstancias de hecho –presencia del imputado en el territorio nacional– la cuestión podrá volver a promover. No hay cosa juzgada.

No obstante, el gran tema es el de redacción actual del texto constitucional en comento: la regulación de la inaplicabilidad antes de que fuera confiada al TC, se contenía en el artículo 80 de la Carta que establecía:

Ha agregado el TC: “*La necesidad de velar por el pleno respeto del principio de supremacía constitucional que persigue la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal determinado en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, obliga a esta Magistratura a examinar si el precepto legal que se encuentra vigente y que se ha impugnado a través de la acción deducida, podría resultar contrario a la Carta Fundamental en su aplicación al caso concreto examinado. Para realizar el referido juicio de constitucionalidad basta que el juez que conoce de la gestión pendiente tenga la posibilidad de aplicar dicho precepto en la decisión que ha de adoptar y que, al hacerlo, pueda vulnerarse la Constitución, independientemente de que existan otros preceptos legales que también pueda considerar, los que deben estar, asimismo, indiscutiblemente subordinados a la Ley Fundamental. Por lo expresado, reiteradamente esta Magistratura ha insistido en que, en concordancia con lo dispuesto en el N° 6° del inciso primero, e inciso undécimo, del artículo 93 de la Constitución, para fundar una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es suficiente que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto, correspondiendo al Tribunal únicamente verificar la posibilidad de que el precepto legal sea aplicado a un caso, para quedar obligada a pronunciarse sobre la acción deducida, y que la acción de inaplicabilidad es un medio de accionar en contra de la aplicación de normas legales determinadas contenidas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable” (roles 501, 505, 790).*

Contradictoriamente, pocos días más tarde, el propio TC ha resuelto –en sentencia de 10 de marzo de 2010, dictada en el rol 1590– que la falta de referencia a todos los preceptos legales que, en el caso concreto, podrían atentar contra el texto constitucional importa incumplir la exigencia de razonable fundamentación. Sostuvo el TC: “Que, como ya se indicó, el requerimiento se dirige a solicitar la inaplicabilidad del numeral 2° de la citada disposición, el cual se ubica dentro de su inciso segundo. Mas, si se analiza la argumentación que se contiene en el libelo, **la impugnación constitucional abarca también a los incisos tercero y cuarto del precepto legal.** Que dicha inadvertencia afecta la fundamentación acerca del conflicto de constitucionalidad que el actor ha decidido someter al conocimiento de esta Magistratura y, por consiguiente, hace evidente que su impugnación carece del requisito de admisibilidad ya referido...”.

¹⁸ Rol 1482-09 21 de octubre de 2009.

¹⁹ Cfr: Francisco Hoyos “Temas Fundamentales de Derecho Procesal” Edit Jurídica de Chile Santiago 1987 pág.204. Hugo Pereira A “La Cosa Juzgada en el Proceso Civil” EditConoSur Ltda. Santiago 1997 págs 108 y sgts.

“La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares, todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento”.

Hoy, en cambio, el numeral 6° del artículo constitucional 93, proclama que es atribución del TC *“... resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal **cuya aplicación** en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución...”*.

Coinciden la doctrina²⁰ y la jurisprudencia del Tribunal, en la relevancia del cambio constitucional que acentúa lo que se ha dado en llamar el control “concreto” sobre el “abstracto”. En otras palabras, en tanto la Corte Suprema se limitaba a contrastar –diríamos, mecánicamente– el texto legal impugnado, con la norma constitucional, para acoger la acción, si advertía que aquél no se ajustaba a las prescripciones de ésta, el TC, en cambio, debe velar por determinar si “la aplicación” de la norma legal puede resultar atentatoria a la Ley Fundamental²¹.

Una y otra vez, vuelve el TC²² sobre el punto, declarando que

*“... al ejercer la atribución a que se refiere el N° 6° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución “la decisión de esta Magistratura **no está constreñida a la simple constatación abstracta de si existe o no en el texto del precepto impugnado una infracción constitucional**, es forzoso que siempre el conflicto sometido a su decisión consista en la existencia de una contradicción concreta y determinada entre la ley y la Constitución, la cual en algunas ocasiones podrá brotar con claridad del solo texto del precepto legal cuestionado y en otras emergerá de las particularidades de su aplicación al caso concreto sublite” (Rol 810).*

O bien, aclarará todavía más, resolviendo que *“... [la circunstancia de que] se declare inaplicable determinado precepto legal, **ello no significa que siempre éste sea per se inconstitucional**, sino que, únicamente, en el caso concreto dentro del cual se formula el requerimiento, dicha norma legal impugnada no podrá aplicarse por resultar, si así se hiciera, contrario a la Constitución”*²³.

²⁰ Cfr: Entre muchos otros A Silva Bascañán, Humberto Nogueira, José Eduardo Aldunate, Gastón Gómez B, Francisco Zúñiga, L Ríos, etc.

²¹ Véase, al efecto, la esclarecedora prevención del Ministro Mario Fernández en el rol 408.

²² Rol 1436.

²³ Rol 546.

Por todo lo cual, el propio TC se ocupa de aclarar que de una declaración de inaplicabilidad *“no es posible extraer conclusiones jurisprudenciales o doctrinas de carácter general, acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de determinados preceptos legales. Por lo tanto ello no impediría que un precepto legal declarado inaplicable en sucesivos casos concretos, pueda permanecer dentro del ordenamiento jurídico y otros sean tan ostensiblemente institucionales per se que justifiquen su inmediata expulsión del orden jurídico nacional”*²⁴⁻²⁵.

Aunque no sea el tema, no resulta posible dejar de anotar que la reforma constitucional extendió el manto de cobertura de la inaplicabilidad: si bien es efectivo que siempre se exigirá incidencia en la decisión de la gestión pendiente, creo que, en ocasiones, no será preciso que el T.C. aventure en intensas especulaciones futuras, acerca de la forma en que la aplicación podría redundar en afectación de derechos constitucionales, como acontecerá si el texto legal denunciado, de suyo, infringiera la normativa constitucional: en estos casos, en mi opinión, el sentido común, deja en evidencia que, objetivamente, concurre el riesgo de una aplicación legal inconstitucional, situación que dispensa al T.C. de entrar a establecer, profundamente, las peculiaridades del caso mismo, materia de la gestión judicial.

En fin, a los efectos de lo que se analiza, este criterio tan sólidamente asentado en el texto constitucional, en el pensamiento doctrinal y, lo que es determinante, también en el criterio jurisprudencial, conlleva desde los inicios, la posibilidad de que las pretensiones de inaplicabilidad de un texto legal se **reiteren una y otra vez** –lo que descarta el efecto de cosa juzgada–, a condición de que se las haga valer en relación a casos diferentes, como el TC reconoce cuando refiriéndose al tema de constitucionalidad de la regla “solve et repete”, reconoció que *“... si bien, en ocasiones, ha declarado la conformidad de esta regla con la Carta Fundamental, como ocurrió en los roles N° 92, sobre Instituciones de Salud Provisional, y N° 287, ... en otros ha decidido lo contrario, como recientemente lo hiciera en el Rol N° 536, sobre Ley de Subcontratación...”*²⁶.

El punto es relevante: el Tribunal no ha podido sino reconocer que temas sobre los que ha emitido decisión se reiteran, o sea, que la materia fallada, se le ha vuelto a proponer, pero lo grave consiste en que, sobre el mismo punto, su criterio ha variado. Así, por ejemplo en relación a la constitucionalidad del artículo 230 del Código Procesal Penal, las resoluciones dictadas en el rol

²⁴ *Id.*

²⁵ Comentando la norma constitucional que autorizaba a la Corte Suprema a declarar inaplicable un precepto legal, con efectos exclusivamente, para el caso de que se trataba, el destacado ex Presidente y ex Juez del T.C. –Juan Colombo– sostenía que **“esta alternativa... violenta flagrantemente el principio de la igualdad ante la ley, porque... las leyes son constitucionales o inconstitucionales para todos por igual, lo que se traduce en que no puede haber un sujeto beneficiado con una declaración de inconstitucionalidad en circunstancias que la norma tiene plena validez para todo el resto de los habitantes...”** cfr “Tribunal...” cit. pág. 591.

²⁶ *Id.* nota 32.

815 (19 de agosto de 2008) y 1337 (de 20 de agosto de 2009) sostuvo que su aplicación contraría la Carta Política y en el rol 1244 (2 de junio de 2009) lo declaró constitucional.

Es, a todas luces, la consecuencia manifiesta de un sistema de control concreto de constitucionalidad.

6° Cuando carezca de fundamento plausible.

El TC revisando la norma que estableció este requisito dejó constancia que aceptaba que ella “... es constitucional en el entendido que la expresión “fundamento plausible” que en él se contiene corresponde a la exigencia contemplada en el artículo 93, inciso decimoprimer, de la Constitución Política, de que la acción interpuesta esté “fundada razonablemente”²⁷.

La exigencia de fundamentación de las pretensiones que se hacen valer ante los tribunales constituye un requisito cada vez más común en el Derecho nacional, especialmente desarrollado en el ámbito de las impugnaciones. La cara opuesta de este deber, la ofrece la consecuencia de su inejecución. ¿Qué ocurre cuando falta la fundamentación? Pues, en general, en nuestro Derecho se apunta a la declaración de inadmisibilidad (arts. 201 y 782 del C. de P. Civil, art 383 C. Procesal Penal).

El Tribunal Constitucional ha resuelto que esta fundamentación constituye una “condición que implica –como exigencia básica– la aptitud del o de los preceptos legales objetados para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución, lo que debe ser **expuesto circunstanciadamente**. La explicación de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción ejercitada”. (Sentencias roles N°s 482, 483, 484, 485, 490, 491, 492 y 494, entre otras);

Con todo, creo conveniente detenerse en el contenido mismo del deber que impone la Carta: se trata de fundar “razonablemente” la impugnación constitucional, esto es, el reproche no sólo debe fundarse sino, esta actividad debe verificarse en forma aceptablemente adecuada, aun cuando, **excluyendo la exhaustividad**, aspecto que se proyecta en dos dimensiones: hacia la cantidad y hacia la calidad.

La interpretación del TC, me parece equivocada, tanto en la perspectiva de la cantidad como en la de la calidad de tales argumentos: su conclusión, en el sentido de que los argumentos o motivos deben ser expuestos “circunstanciadamente”, vale decir, a estarse al significado del adverbio empleado, “*con toda menudencia, sin omitir ninguna circunstancia o particularidad...*”²⁸ estimo que el requerimiento debe incluir un número suficiente de fundamentos, **lo que quiere decir que no necesita comprender todos los argumentos posibles**²⁹.

²⁷ Rol 1288 (25.08.2009).

²⁸ Según lo define el Diccionario de la RAE.

²⁹ Insistiendo en la idea de la exhaustividad que, según adelanté, es incompatible con la que expresa el adverbio “razonablemente”, y que hace recordar aquellos tiempos en los que la C. Suprema denegaba las casaciones en el fondo, porque no se habían citado todas y cada una de las disposiciones infringidas, el TC ha resuelto

En la faceta de la calidad, es preciso convenir en que el adverbio “razonablemente” denota una idea que alude a un modo de actuar que se corresponde con un patrón medio de bondad en la argumentación. No es la argumentación insuperable, es la argumentación que una persona de buen criterio y formación intelectual media, es capaz de desarrollar.

De lo expuesto resulta, entonces, que el TC –autorizado para declarar inadmisibles los requerimientos que no estén razonablemente fundados– habrá de emplear criterios diferentes de examen, para contestar a la pregunta en torno a si se cumple o no con la fundamentación exigida.

Procediendo severamente, el TC ha declarado inadmisibles los requerimientos por cuestiones estrictamente formales que, revisadas, en ocasiones parece una sanción desmedida desde que la corrección de errores de esta naturaleza debe ser una opción siempre vigente. Ha resuelto, empero el TC que “... el hecho de que la parte expositiva del requerimiento no coincida con su petitorio, en cuanto a las normas legales que se pide a este Tribunal inaplicar en la gestión judicial pendiente que se invoca, tampoco permite calificar como razonablemente fundada la acción deducida en este caso...”;⁽³⁰⁾ En un caso como el que señalo, no cabe dudas que el requerimiento podrá proponerse otra vez, esto es, que la sentencia que lo declaró inadmisibles, no provoca el efecto negativo de cosa juzgada.

Desde la perspectiva de la amplitud o, a la inversa, de la precisión del reproche constitucional, el TC ha declarado inadmisibles las pretensiones porque “la impugnación contenida en el presente requerimiento tiene un **carácter genérico o abstracto**, ajeno a la naturaleza de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, según lo ha manifestado reiteradamente este Tribunal (entre otras, en sentencias roles N.ºs. 495, de 30 de mayo de 2006, 523, de 19 de junio de 2007, y 1036, de 7 de febrero de 2008).³¹

Semejante situación, por el contrario, en la que, en la práctica, lo que acontece es que se ha emitido una decisión sobre la cuestión misma en debate, autoriza a sostener que la reiteración de la impugnación no podrá volverse a promover.

Sustantivamente analizando los requerimientos, el TC ha estimado que “*No se encuentra fundada razonablemente, [la pretensión de inaplicabilidad] ya que no contiene una **exposición precisa del efecto contrario a las invocadas garantías que la Constitución asegura en el artículo 19, numerales segundo y tercero, incisos cuarto y quinto, que, eventualmente, provocaría la aplicación de la norma legal que se impugna...***”³²

“... Que, sin embargo, en el cuerpo del requerimiento no se contiene una exposición clara, precisa y **completa** de cómo las disposiciones legales que se impugnan violan los preceptos mencionados en el considerando anterior;” Rol 1538 (25.11.09).

30 Rol 1409. 30.06.2009-

31 *Idem*.

32 Rol 1436. 7.10. 2009.

La misma idea la ha expresado de modo diferente resolviendo que

*“... el requerimiento no puede considerarse como razonablemente fundado, ya que no entrega argumentaciones sobre los efectos inconstitucionales que, eventualmente, provocaría la aplicación de la norma legal que se impugna en la gestión judicial que se ha invocado...”*³³.

Repárese como en estas resoluciones, el TC reprocha meras omisiones argumentativas o expositivas de la solicitud que, por su mismo carácter autorizan a que, subsanadas las omisiones, el requerimiento se reproduzca. No hay cosa juzgada.

No obstante, lo que parece pacífico, se torna complejo e inductivo a cierto grado de incertidumbre cuando, en lugar de declarar inadmisibile el requerimiento por razones como las anotadas, el TC declara, en sentencia final, que *“... debe rechazar la petición del requirente en cuanto a declarar la inaplicabilidad de los preceptos contenidos en los artículos 229, 230, inciso primero, y 237, inciso antepenúltimo, del Código Procesal Penal, por vulnerar los artículos 1°, 5°, 6° y 7° de la Constitución, por no haber sido fundamentadas, específicamente, tales transgresiones, tanto en el requerimiento como en las alegaciones vertidas en estrados...”*³⁴.

Me parece que la circunstancia de que un mismo defecto, en ocasiones, lleve al TC a declarar inadmisibile el requerimiento y, en otras, a rechazarlo, no altera los efectos de la desestimación, porque lo que ha cambiado, tan solo es la oportunidad de la decisión: en ambos casos, el interesado queda en situación de reiterarlo.

De la exposición precedente resulta que el tema de la renovación por la misma parte, en relación a la misma gestión del requerimiento declarado inadmisibile –materia sobre la cual no existe norma en el Ordenamiento hoy vigente– en consecuencia, quedará sujeto no sólo a la causal de inadmisibilidat invocada, sino principalmente, a las razones esgrimidas por el Tribunal. Para decirlo en términos simples, si la falta de razonable fundamentación se hace consistir, por ejemplo, en que no se han explicado las consecuencias inconstitucionales de la aplicación de la norma legal, no se divisa obstáculo para que, corregido el requerimiento, se renueve; ni qué decir cuando la inadmisibilidat radica en un factor temporal o en un evento que lo condiciona. Vencido el plazo o cumplida o fallida la condición, se abre el camino para repetir el requerimiento.

En resumen a la interrogante en torno a si un requerimiento de inaplicabilidad puede, o no, reiterarse, la primera respuesta debe ser afirmativa: es que, conceptualmente, la imposibilidad de volver a requerir la intervención jurisdiccional en un asunto, se explica porque la materia ya fue resuelta: los exámenes formales, que no incursionan al interior de la cuestión de que se trata, no

³³ Rol 1480 15.09.2009.

³⁴ Rol 1244 02.06.2009.

tienen la fuerza suficiente para evitar la renovación, lo que no obsta a que las respuestas deben brindarse atendiendo al motivo específico que motivó esa declaración.

Objetivamente, la única hipótesis en la que, habiéndose declarado inadmisibles el reproche constitucional por falta de fundamentación razonable, no se le puede renovar, tiene lugar cuando bajo este título, el TC sostiene que falta dicha motivación razonable, simplemente, porque el precepto legal denunciado no vulnera la Constitución, aunque a nadie escapa que la materia es propia de la decisión de fondo.

4. EL ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: NOTAS SOBRE LEGITIMACIÓN Y ADMISIBILIDAD ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

Rodrigo Pica Flores¹

I. Introducción

El acceso a la justicia constitucional ha pasado a ser uno de los grandes temas de estudio del Derecho Procesal Constitucional, más allá de la dicotomía de modelos concentrados o difusos, en particular desde que la jurisdicción de contiendas de competencia inter órganos y desde que el control concreto pasan a ser elementos habituales en todos los sistemas de jurisdicción constitucional, lo que implica que el juez y en muchas ocasiones el ciudadano es el legitimado activo ante los tribunales constitucionales, lo cual se verá complementado por la existencia de procesos aperturados por vía de acción pública..

Lo primero que cabe señalar es que hablar de acceso a la apertura del proceso es razonar acerca de admisibilidad y también de legitimación activa. En estos dos temas, las definiciones no son neutras: ¿se quiere un tribunal constitucional poderoso con alta capacidad de control y por ende de fácil apertura de procesos? ¿o se quiere un control de constitucionalidad de última ratio, en cuyo caso la capacidad de abrir procesos será restringida, con admisibilidad estricta, combinada con legitimación tasada y restringida?

En este orden de cuestiones, la tutela de derechos fundamentales en procesos de amparo no revela problemáticas: la titularidad, disposición y ejercicio de los derechos corresponde al ciudadano y si los tribunales constitucionales tienen atribuciones de este tipo, es claro que habrá acceso ciudadano a estos órganos por la vía del amparo extraordinario, el cual no será la única de sus atribuciones, por lo cual no será la única vía de acceso a la jurisdicción constitucional, lo que conduce a constatar su convivencia con otros medios de control en los cuales puede haber legitimaciones activas restringidas.

¹ Magister en Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Procesal U. de Chile. Profesor de Derecho Constitucional U. San Sebastián.

Cabe mencionar que el tribunal constitucional chileno no tiene atribuciones de amparo extraordinario, pero su particular modalidad de control concreto, el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, es de iniciativa de parte o de juez en el marco de gestión judicial pendiente, debiendo agregarse que la iniciativa de parte se funda siempre en el imperio de derechos fundamentales frente al resultado de aplicación jurisdiccional de normas de rango legal, lo que hace que sea a la vez control de normas y una forma de justicia de derechos fundamentales.

Es en materia de control de normas que debemos reflexionar y analizar la significación y relevancia de las cuestiones de admisibilidad y legitimación, pues ello determinará la generalidad o excepcionalidad de la apertura de un proceso de cuestionamiento a la validez de la ley, con una sentencia que, en Chile, después por vía de acción pública puede además aperturar otro proceso que llega a tener efectos erga omnes.

En este sentido y en perspectiva comparada, el origen del sistema norteamericano de control, la judicial review, es de legitimación amplia: cualquier parte en cualquier juicio, o cualquier juez conociendo de una causa, acceden al control de constitucionalidad de la ley, a diferencia de los sistemas de origen kelseniano checo y austríaco de 1920, en los cuales los conflictos estaban pensados entre órganos productores de normas, sin un acceso ciudadano ni de juez. La introducción del control concreto y también de modalidades de acción pública, además del amparo extraordinario, romperá esa característica de los sistemas concentrados europeos, sin que este trabajo pretenda dar cuenta del intenso debate teórico generado en torno a la pertinencia o bondad del acceso ciudadano al control de normas.

En otro orden de cosas, el sistema jurídico chileno, los requisitos generales de validez de actos de todo órgano del Estado se encuentran establecidos en el artículo 7° de la Constitución: investidura regular, competencia y formalidades que establece la ley. Es en el tercer presupuesto que los temas de admisibilidad son cruciales, pues en esa órbita se ubican y su debate puede llegar a determinar la validez de lo obrado en un proceso.

Cabe señalar que, a título de nota de actualidad, la Comisión de Venecia ha puesto, la Comisión de Venecia ha destacado la necesidad de asegurar el acceso del ciudadano a la justicia constitucional, que por ende ya no quedará reservada solamente a órganos².

Cabe señalar que el sistema chileno es mixto, pues la concentración no es completa, ya que la justicia electoral tiene tribunales especiales y la justicia de amparo de derechos es atribución del poder judicial, con una Corte Suprema que conoce como tribunal de instancia incluso. En Chile,

² Comisión de Venecia (*European Commission for Democracy through Law*), Study on individual access to constitutional justice, Study N° 583, 2011 (acordada en la Sesión Plenario N° 85, celebrada en diciembre de 2010). Consultable en [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)039rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)039rev-e)

lo realmente concentrado es principalmente el control de normas y la declaración de inhabilidades de altas magistraturas de la República, si se observa el contenido de las 16 atribuciones de nuestro Tribunal, en las cuales el régimen de admisibilidad y legitimación no es tan uniforme, como se verá.

II. El control de constitucionalidad de normas: del modelo americano al austríaco-kelseniano para arribar a los modelos concentrados de la segunda posguerra, caracteres

El estudio de la jurisdicción constitucional nos llevó durante toda la mitad del siglo XX a estudiar el origen y caracteres del modelo norteamericano y del llamado “modelo europeo kelseniano” en alusión a los tribunales constitucionales checo y austríaco, ambos de 1920.

El modelo norteamericano da lugar a un sistema de acceso incidental al control de constitucionalidad de la ley, en la terminología de los grandes maestros italianos, una cuestión de constitucionalidad que surge de manera accesoria a un litigio procesal de legalidad ordinaria, con ocasión de la aplicación de la ley cuya constitucionalidad se cuestiona.

De tal forma, el sistema norteamericano aparece revestido de una sencillez conceptual que descansa, entre otras, en las siguientes características:

- El control de constitucionalidad de ley lo hace el propio poder judicial, a propósito de su atribución más esencial: la resolución de conflictos de legalidad entre partes.
- Serán las partes quienes podrán requerirlo, por su interés propio en la resolución del conflicto, invocando usualmente sus derechos fundamentales, o podrá ser incluso el juez de oficio quién verifique el acto de control, todo lo cual determina un sistema de acceso amplio, dejando al alcance del ciudadano de a pie el control de constitucionalidad de la ley.

Este sistema no queda exento de polémicas, a más de 200 años de *Marbury v/s Madison* todavía se discute en Estados Unidos si el ejercicio de la judicial review es o no un exceso de auto atribución de potestades que transformó de manera indebida a la Corte Suprema en el más poderoso órgano de poder del sistema político norteamericano.

Por otra parte, en el Estado liberal europeo, legalista por esencia, la justiciabilidad de la constitución será un fantasma de tipo nominal, y solo a principios del siglo XX el sistema de fuente con la necesidad de su delimitación y la resolución de conflictos ad intra del mismo llevarán a concebir mecanismos de resolución de los mismos, mediante la heterocomposición: el proceso, requiriendo de un tribunal, para conocer de estos conflictos, que en esa época son inter órganos, sin partes de carne y hueso y sin hechos litigiosos. Nace así el sistema diseñado por Kelsen, que inicialmente plasmado en la Constitución austríaca de 1920: “una jurisdicción concentrada en un único Tribunal, separado del resto de los tribunales y llamado a pronunciarse sobre cuestiones

estrictamente jurídico-constitucionales, con total abstracción de los conflictos e intereses que subyacen tanto a las normas enjuiciadas como a los concretos casos de aplicación de las mismas”³. Un modelo de acceso centrado en conflictos entre órganos productores de normas, en conflictos abstractos, derivados de la dimensión formal de la supremacía de la constitución, que funcionará a requerimiento de órgano político-normativo interesado, en el marco del resguardo de sus potestades. Si el sistema norteamericano es incidental, este sistema es de acceso por vía principal, pero no estará al alcance del ciudadano.

La tragedia del totalitarismo en Europa occidental, el ocaso de la democracia en la República de Weimar y la segunda guerra mundial devendrán en la reconstrucción desde las cenizas de las democracias europeas.

El totalitarismo dejó tres grandes víctimas: la paz mundial, el régimen democrático y el ciudadano desprovisto de derechos a merced del poder público. El sistema democrático es asumido como una necesidad mínima, una verdadera garantía institucional de paz social y de garantía de derechos, se asume que tras los traumas de Weimar, el sistema democrático no estará seguro si el derecho no lo garantiza y los derechos de nada servirán si no son justiciables.

La Constitución italiana de 1947 y la ley Fundamental de Bonn de 1949 parecen ser aquel punto de la historia en el cual la democracia entendida como forma de gobierno y el constitucionalismo como estructuración del Estado con derechos y poder limitado se funden, dando vida al moderno concepto que conocemos hoy bajo el nombre de democracia constitucional.

La concepción de la democracia constitucional requiere un sistema de garantía jurídica de límites y de derechos y es un concepto en sí dialéctico, pues una Constitución rígida como límite de forma y contenido a las decisiones deliberativas de la comunidad chocará conceptualmente con el más ideal democrático de máxima deliberación, al establecer mediante reglas y principios espacios de deliberación vedada o en el mejor de los casos limitada. De esta forma, la estructural tensión entre democracia y constitución “implica que la realización de cada uno, para permitir la realización del otro, tenga que ser necesariamente parcial”, en la medida que “se trata de ideales que son irrealizables a plenitud porque son tiránicos: en su máxima expresión impiden el desarrollo del sistema complementario y, paradójicamente, terminan asfixiándose a sí mismos”⁴.

En el marco de esta dialéctica, si el constitucionalismo de la segunda posguerra ha de asimilar las lecciones del totalitarismo y dar garantías de no regresión y no repetición del mismo, el control de constitucionalidad de la ley debe existir y ha de estar al alcance de la mano, al igual que el amparo extraordinario, pensando en que con ambos institutos las leyes de plenos poderes y las

³ Marina Gascón Abellan, LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: ENTRE LEGISLACIÓN Y JURISDICCIÓN, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 14. Núm. 41. Mayo-Agosto 1994.

⁴ Salazar, Pedro, definiendo “Democracia constitucional”, en la obra de Carbonell, M. (dir.), Diccionario de Derecho Constitucional, México, IJ-UNAM, 2005, p. 630.

leyes de Nuremberg hubiesen sido expurgadas tempranamente y la dictadura no se hubiese podido construir, pensando además que si se hubiere contado con amparo extraordinario los presos de los campos hubiesen salido caminando por la puerta tras una orden de liberación derivada de un amparo acogido por un órgano autónomo ajeno al poder del gobierno.

Así, los tribunales constitucionales europeos de la segunda posguerra serán muy diferentes de los ideados por el maestro Kelsen: además de ser proclamados como los garantes del régimen democrático, se introduce el control de constitucionalidad de ley en el marco de juicios pendientes y se crea el amparo extraordinario, para cuando el sistema judicial deniegue la tutela de derechos, acercándola jurisdicción constitucional al juez y al ciudadano, lo cual abre el estudio de la problemática de la legitimación.

En este sentido, antes de entrar en lo técnico procesal es necesario señalar que:

- Mayor acceso a la jurisdicción constitucionales es mayor control por sobre la deliberación democrática, que es el fundamento de legitimidad del ejercicio del poder.
- Por otro lado, menor acceso a la justicia constitucional es menor garantía de límites al poder y menor garantía de derechos, lo que incide además en una menor funcionalidad y eficacia de la constitución en su dimensión jurídico formal.

Cabe mencionar que en una democracia constitucional lo primero y más relevante que el ciudadano tiene es en primer lugar su conjunto de derechos, que la experiencia del totalitarismo hizo desaparecer mediante leyes de plenos poderes, estados de excepción y otras herramientas proporcionadas por el propio sistema jurídico. Será por ello que el de la segunda posguerra es el constitucionalismo de los derechos y de la justicia constitucional en torno a ellos, sin lo cual ni el ciudadano ni el sistema constitucional están seguros.

III. Acceso a la justicia constitucional: su estudio por la vía de legitimación y admisibilidad. ¿Control de acceso amplio o control de acceso restringido?

Es en el marco de los conceptos anteriormente expresados que debemos analizar los sistemas constitucionales para analizar el acceso a la justicia constitucional.

En primer lugar, determinar si se desea un control de acceso amplio o un control de acceso restringido, según cuál sea la función primordial que se le asigne a la constitución:

- o garantizar primordialmente espacios de deliberación democrática;
- o asegurar primordialmente los derechos frente al poder público deliberativo.

En el primer caso el acceso al control de constitucionalidad será excepcional y restringido, en el segundo será amplio y general. El gran desafío de la democracia constitucional es asegurar ambos elementos como valores propios del sistema.

Ello conduce, procesalmente hablando, a abordar el problema de la legitimación, su concepto y titularidad, en referencia a la legitimación activa, entendida como capacidad, titularidad de la acción y ejercicio del derecho de acceso a la apertura del proceso ante la jurisdicción constitucional, en particular en materia de control de normas, no olvidando que si el principio democrático es considerado en sí mismo un valor sustantivo a garantizar por el sistema constitucional, la ley estará revestida de presunción de constitucionalidad y el control de la misma deberá ser de última ratio, lo cual se traducirá en verdaderos “filtros de acceso” a su cuestionamiento: legitimación restringida en mayor o menor grado y un segundo filtro posterior que es la admisibilidad tasada y restringida.

Así hemos de entender que un sistema de control de constitucionalidad puede configurarse por vía directa-principal (impugnación abstracta de la ley sin necesidad de juicio pendiente, en un control abstracto) o por vía indirecta-incidental (exigiendo un interés en la aplicación de la ley a un caso concreto, que es presupuesto de la activación del examen de la norma).

Un sistema de control directo-principal, devendrá en un control abstracto, desprovisto de hipótesis de aplicación, caso concreto ni nada similar y a partir de ahí debe determinarse si el control se activará por vía de acción pública (legitimación amplia o universal, al ser los ciudadanos los destinatarios de la ley) o a requerimiento de órgano político dotado de potestades normativa (legitimación restringida). El control directo-principal exige coherencia normativa y al ser abstracto llama a la definición de efectos generales de la sentencia.

Un sistema de control por vía indirecta-incidental, en cambio, supone per se un acceso restringido a la jurisdicción constitucional: si se requiere un juicio o caso concreto, la legitimación será de quienes intervengan en él –el juez y eventualmente las partes– y si el caso concreto es parte del conflicto constitucional el efecto del acto de control deberá radicarse en dicha causa, más allá de que en Estados Unidos exista sistema de precedentes, que no está presente en otros lugares donde se proclaman atribuciones de control difuso.

IV. La introducción del control por vía indirecta-incidental en el modelo concentrado

La introducción del control concreto en modelos concentrados de la segunda posguerra es en sí un cambio de paradigma, y un giro copernicano en la problemática de la legitimación.

Si estuviésemos a mediados del siglo XIX, hablar de un modelo de control por vía directa-principal denotaría a los tribunales constitucionales de 1920 y hablar de vía indirecta-incidental denotaría una indubitada alusión al sistema norteamericano.

La constitución italiana de 1947 introducirá la vía indirecta-incidental de control en un modelo concentrado, cambiando para siempre el estudio de la materia: el acceso a la jurisdicción constitucional concentrada ya no será solo a requerimiento de órgano productor de normas, ahora habrá acceso judicial y la 2ª mitad del siglo XX agregará el acceso ciudadano.

El estudio de la jurisdicción constitucional ya no reconocerá como principal eje la dialéctica de lo difuso-norteamericano y lo concentrado-europeo. Los maestros italianos de nuestro tiempo dirán en la Escuela de Pisa que “la contraposición que hoy se presenta como de mayor importancia no es más entre sistema americano y sistema europeo, sino entre sistemas concretos y abstractos de control de constitucionalidad de las leyes”⁵, lo cual implica también una diferente concepción del acceso al proceso. Desde ya en el sistema chileno llama la atención que tenga ambos ejes a la vez: concreto y abstracto.

La legitimación activa aparecerá como la llave de acceso a la apertura del proceso constitucional, sea el proceso un medio de tutela de derechos o un medio de control de actividad legislativa y así su estudio determinará quién y cuándo puede plantear una pretensión, requerir la apertura de proceso y obtener una sentencia fundada en derecho a partir de la norma constitucional ante un tribunal de modelo concentrado, y es en ello la configuración en torno a lo abstracto o a lo concreto tiene consecuencias, pues el interés involucrado es determinante.

Entendida la legitimación activa como la capacidad para comparecer, es necesario recoger la división entre la denominada legitimación activa *ad processum* y la llamada legitimación activa *ad causam*. La legitimación *ad processum* se identifica con el concepto de “capacidad procesal”, en términos genéricos, en tanto capacidad general para ocurrir ante un tribunal. La legitimación *ad causam* encierra mayores complejidades, y se refiere a “la especial naturaleza que emerge de la relación jurídica, determinando el tipo o grado de interés que cada postulante tiene en la órbita de los derechos sustanciales (interés para obrar)”⁶, centrada en el concepto de interés, que permitirá dar contenido a la llamada comúnmente legitimación ordinaria.

Si bien es cierto que allí donde no exista norma específica de legitimación se recurrirá al concepto “ad causam” para construirla, allí donde sí exista norma expresa de legitimación –la llamaremos legitimación extraordinaria– la misma no podrá ser entendida sin un interés específico que la motive, delimite y signifique, por lo que de todas maneras tendrá “causam”, que en materia de control de normas suele ser el resguardo del reparto de potestades normativas o bien la presunción de constitucionalidad de la norma.

Cabe señalar que en modelos de control concentrado es usual encontrar una configuración de legitimación extraordinaria y cerrada: no se configura en torno a la acreditación de causa, sino que es la propia norma jurídico constitucional o legislativa la que señala una capacidad excluyente para aperturar el proceso: a las partes del juicio, las cámaras, el Presidente de la República, un grupo parlamentario, etc., así como a veces existe también legitimación universal incausada (acción pública) o simplemente legitimación fundada en elementos *ad causam* (el afectado, el agraviado o el ofendido).

⁵ PIZZORUSSO, Alessandro (2007). Justicia, Constitución y Pluralismo, Lima: Palestra, p. 125.

⁶ GOZAINI, Osvaldo (1996). “Legitimación y proceso”, en Augusto M. Morello (coord.): *La Legitimación*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 39-63, p. 53.

V. El sistema chileno de justicia constitucionalidad

1. ¿Legitimación de órgano, de ciudadano o de juez?

El sistema chileno de control de constitucionalidad de normas tiene su eje en el Tribunal Constitucional, al punto que se puede decir que es esta el área de la jurisdicción constitucional⁷ que está más claramente concentrada en él. En esto, el sistema chileno es mixto por donde se le mire en cuanto a las clasificaciones de controles: conviven en él lo concreto y abstracto a la vez, controles ex ante y ex post a la vez, vías de resolución de conflictos formales y de fondo a la vez, acceso por órganos, juez y ciudadano a la vez, todo dependiendo del tipo de atribución que se ejerza.

Por otro lado, el elegir legitimación a requerimiento de órgano o de un ciudadano encierra también otras opciones: acercar o alejar el acceso a la justicia constitucional por parte del ciudadano y al mismo tiempo establecer el cuestionamiento a la legalidad como una excepción o como una posibilidad cotidiana, lo cual redundará en mayor o menor interferencia externa en la deliberación de los órganos productores de normas, delimitando a la vez la intensidad de los poderes de un Tribunal Constitucional, pues siendo así la legitimación un presupuesto de admisibilidad, su apertura o su restricción es determinante para examinar cuan poderoso es en realidad un tribunal.

Atribuciones con legitimación de acción pública

- Control abstracto y erga omnes de precepto declarado inaplicable.
- Declaración de inconstitucionalidad de grupos, personas, partidos o movimientos.
- Inhabilidades de ministros de Estado.

Atribuciones de control indirecto previa iniciativa de parte

- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de precepto legal.
- Control de constitucionalidad de auto acordado, a requerimiento de parte.
- Contendidas de competencia entre tribunales inferiores y órganos político administrativos (cuestiones que pueden llegar a ser de mera legalidad si se trata de competencias de ese nivel).

Atribuciones de control directo previa iniciativa restringida de órgano legitimado

- Control preventivo contencioso de proyectos de ley, de reforma constitucional y tratados internacionales.
- Control de autos acordados a requerimiento de órgano colegislador.

⁷ Recurriendo a las clásicas o comunes tipologías del conflicto constitucional o ramas de la jurisdicción constitucional.

- Control de legislación delegada.
- Control de decretos supremos.
- Cuestiones sobre decretos promulgatorios.
- Cuestiones sobre convocatoria a plebiscito.
- Control de actos administrativos representados por la Contraloría General de la República.
- Inhabilidades de parlamentarios e inhabilidades del Presidente de la República.
- Mención aparte merece el control preventivo obligatorio, que debe ser activado por la cámara de origen del proyecto de norma, pero que por ello se incluye en este apartado.

En este tipo de atribuciones, el sistema chileno es rico en legitimación activa de minorías parlamentarias, a causa de la inspiración del texto originario de la Constitución del 80, que desconfía en gran medida de la voluntad de las mayorías.

En especial referencia a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, esta es la principal atribución del Tribunal en cuanto a su significado cuantitativo, debiendo señalarse que obedece a una configuración híbrida: en ella el acceso es directo el acceso en la medida que las partes pueden directamente acudir ante el Tribunal Constitucional –no como en los sistemas italiano o español, en los cuales el filtro es que el requirente es el juez ordinario– y el acceso es indirecto en la medida que la cuestión de constitucionalidad surge en el marco de un juicio de legalidad ordinaria, en el cual el tribunal a quo no puede declarar por sí la inconstitucionalidad de la norma sin que lo haga el Tribunal Constitucional.

Tras la declaración de inaplicabilidad en sede de control concreto surgirá la acción pública y la posibilidad de obrar de oficio para un aperturar un control abstracto de efectos erga omnes sobre la misma norma, con quorum reforzado, en una manifestación de acceso ciudadano al control de normas por vía directa y sin acreditar interés específico.

2. Otras problemáticas en el acceso

El acceso a la justicia constitucional mediante un sistema de legitimación activa reglado en Chile reconoce un gran forado: la comparecencia ante el tribunal constitucional mediante formas no contempladas en la ley, pero consolidadas por la costumbre:

- El ejercicio del derecho constitucional de petición acerca del contenido de la causa, que desde hace más de 30 años es usado en controles preventivos obligatorios.
- Las audiencias públicas, convocadas por el propio tribunal en procesos de efectos erga omnes desde el año 2007 y actualmente regladas en el Auto Acordado que establece normas sobre lobby, registros públicos con fines de transparencia, imparcialidad, independencia y publicidad, las cuales cumplen la función de convocar a las instituciones, personas y organizaciones de la sociedad civil en procesos de alta incidencia de opinión pública.

- El denominado “amicus curiae”, sin registro de organizaciones, es decir, sin saber quién y por qué sería “amicus” para comparecer en el proceso.

Estas tres formas implican acceder a ser oído en el marco de un proceso sin acreditar interés ni menos legitimación, llamando a reflexionar acerca de si ello es o no coherente con un sistema de legitimación reglado, pues estas tres vías permiten saltarse todas las reglas de legitimación en procesos ya aperturados.

3. Admisibilidad: la acción ante el TC entendida como un derecho y la presunción de constitucionalidad de la ley al mismo tiempo ¿una paradoja de contradicción?

La segunda problemática de determinación de acceso dice relación con la apertura del proceso en razón de su contenido: la admisibilidad como verdadero filtro de acceso a la apertura del proceso, lo que llama a preguntar *¿Certiorari versus inexcusabilidad? ¿certiorari versus admisibilidad reglada? ¿modelos mixtos? ¿admisibilidad general-formal o admisibilidad estrictamente tasada y excepcional?*

Superado el análisis de la legitimación activa, el examen del acceso a la jurisdicción constitucional encierra otros elementos: la declaración de admisibilidad entendida como presupuesto competencial para conocer el fondo del conflicto. Si se quiere un sistema de mayores controles de normas y que ellos sean más estrictos, la admisibilidad ha de ser laxa y debe remitirse a un examen meramente formal. Si se quiere garantizar ante todo la última ratio de los procesos de inconstitucionalidad de normas, la presunción de constitucionalidad de la ley y la no interferencia en espacios de deliberación democrática, la admisibilidad será estricta y tendrá la constatación de elementos de materia y plausibilidad además de los requisitos meramente formales.

Además, debe tenerse presente que en Chile el eje de la regulación del acceso es la denominada legitimación extraordinaria, por lo que la discusión acerca de la falta de legitimación es una cuestión que se examina en sede de admisibilidad, lo que se traduce en establecerla expresamente como causal de inadmisibilidad, lo cual aparece en la regulación legislativa de las atribuciones del TC.

El modelo chileno, en esto también es mixto, pues dependiendo de la potestad que se ejerza por el tribunal, encontramos elementos de admisibilidad y causales de inadmisibilidad que pueden tener elementos de forma o bien de contenido y plausibilidad. En primer término, la ley orgánica del tribunal la regla de la inexcusabilidad, lo cual determina una nota configurativa de ser todo lo contrario a un sistema de certiorari. Así, en un sistema de inexcusabilidad la acción constitucional pasa a ser un derecho, lo que es coherente con lo establecido en el numeral 3°, inciso primero, del artículo 19 de la Constitución y si la acción es el derecho de apertura del proceso, en el marco de la tutela judicial efectiva, es un derecho también la sentencia definitiva que se pronuncia motivadamente sobre el fondo del conflicto.

¿Es ello coherente con un estructurar el sistema de control en torno a la última ratio del control de constitucionalidad y en torno a la presunción de constitucionalidad de la norma? Este punto debe ser reparado, pues si la admisibilidad es formal, la apertura del proceso un derecho y la resolución del fondo del conflicto de normas un derecho, la última ratio del control de constitucionalidad se debilita y se desplaza, pasando a ser solo una regla interpretativa para la dictación de la sentencia definitiva.

No es que se abogue por un sistema de certiorari centrado en el solo voluntarismo del órgano de control, en el cual la falta de fundamentación al inadmitir es un problema y puede ser un objeto de ácida crítica por todo lo que el déficit de argumentación encierra, más todavía en un sistema de fuentes desprovisto de *stare decisis*.

El punto es que la regla de la inexcusabilidad parece no ser funcional a un sistema de control de última ratio, que por ello no debe tener por prima ratio la apertura del proceso constitucional. Es así que se llega a la necesidad del examen de relevancia, necesidad y/o pertinencia de la apertura del proceso constitucional, como cuestión de admisibilidad y es en esa mixtura que en normas especiales de procedimiento en el sistema chileno aparecen normas que hacen parte del juicio de admisibilidad el examen del “fundamento plausible”. Establecido como presupuesto de admisibilidad, mitigando así por medio de normas especiales la regla general de inexcusabilidad, para fortalecer el carácter de última ratio del acto de control de normas, lo que no se comprende aislado de las reglas de legitimación activa.

Así, exigir legitimación de órgano dotada además de fundamento plausible es un fortalecimiento de la última ratio del control y de la presunción de constitucionalidad, pero al limitar el acceso se hace alejando el acceso ciudadano al tribunal, además de aumentar el peso de la carga argumentativa. En cambio, al otro extremo de las decisiones para configurar la legitimación, el entregarla de manera amplia al ciudadano con un régimen de admisibilidad fundado en requisitos formales es acercar al ciudadano el acceso a la justicia constitucional, pero desplazando el carácter de última ratio del cuestionamiento a la ley y aperturando procesos que no necesariamente tendrán una justificación tan clara en términos de plausibilidad.

La gran reforma constitucional de 2005 quiso determinar claramente en la propia Constitución un sistema de regulación de la legitimación activa ante el TC en la propia Constitución, lo cual se expresa claramente en el artículo 93, tratando de hacer lo mismo con la admisibilidad. El balance es que ello quedó suficientemente claro con la legitimación, mas no suficientemente agotado en los temas de admisibilidad de cada una de sus atribuciones, que forzosamente requirieron de normativa complementaria en la ley orgánica del tribunal, abriendo la puerta a un sistema mixto.

La carencia de regulación sobre la admisibilidad del control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de precepto legal ante la Corte Suprema antes del año 2005 llevó a que dichas definiciones fueran jurisprudenciales, altamente y crecientemente gravosas y restrictivas, quedando en el medio la sensación de que la inadmisibilidad era un verdadero traje a medida, cercano a una

suerte de certiorari no declarado, para no hacer el examen de constitucionalidad de legislación vigente, motivo por el cual se buscó acotar el tema en la constitución estableciendo los requisitos de admisibilidad, mas entre ellos está el de fundamento razonable y no tiene definiciones, motivo por el cual la reforma de 2005, en ese punto, no cumplió el objetivo, ya que las definiciones al día de hoy siguen siendo jurisprudenciales y no puede ser de otra forma, pues en la ley orgánica se perdió la gran oportunidad de hacer conceptos y definiciones al respecto.

Examinada la ley orgánica constitucional del TC, se constata que los grandes elementos configurativos del estatuto del examen de la admisibilidad ante el Tribunal Constitucional chileno dicen relación con:

- Elementos argumentales mínimos para el planteamiento e identificación del conflicto.
- Distinción entre conflictos de constitucionalidad y legalidad.
- Plazos y oportunidad procesal para requerir.
- Legitimación activa.
- Competencia de otros órganos.
- Pronunciamientos anteriores referidos a mismos precepto norma y vicio.
- Fundamento razonable, entendido como un examen de requisitos de contenido.

En el sistema chileno, las principales potestades con régimen de admisibilidad formal y sin que la plausibilidad sea parte de los filtros de acceso, son los controles preventivos de normas, tanto el obligatorio como el contencioso, lo que llama la atención en el texto de la ley orgánica al ser normas en etapa de discusión en el Congreso Nacional y por ende no definitivas. En esta atribución existe además legitimación del Presidente de la República y de minoría parlamentaria sin acceso ciudadano, pero no existe el filtro de calificación de fundamento plausible para los requerimientos que se formulen.

Dentro de las potestades en las cuales se establecen requisitos de admisibilidad con visos de contenido o plausibilidad se encuentra la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de precepto legal en caso concreto, que siendo el trabajo cotidiano, lo numéricamente más importante y estando dentro de lo más accesible para el ciudadano, tiene en la admisibilidad la carga del fundamento plausible, que no tiene definición en la ley y que es un tema que amerita un trabajo monográfico sobre la jurisprudencia de inadmisibilidad, pues es la causal de significado más rico y variado. La necesidad de tomar definiciones –al menos mínimas– en el significado de esta causal es evidente, pues dotará de mayor legitimidad el obrar de las Salas del tribunal y dará mayor certeza al ciudadano.

Por otra parte, en los casos de acción pública: inhabilidades, declaración de inconstitucionalidad de grupos y control de norma declarada inaplicable, es necesario determinar la carga del fundamento plausible y definirla al menos parcialmente, pues la acción pública regida por el principio de inexcusabilidad con admisibilidad meramente formal abre una puerta de cuestionamiento al

ordenamiento jurídico que puede ser demasiado grande al no haber filtros de apertura del proceso que permitan examinar la razonabilidad del mismo.

VI. Conclusiones

1. La definición del acceso no es una cuestión netamente técnica: es determinar mayor o menor capacidad de control y mayor o menor intangibilidad de la deliberación democrática y de la presunción de constitucionalidad de la ley.
2. Desde esa perspectiva, la definición de legitimación y admisibilidad amplias o restringidas es clave en la configuración de un sistema de resolución de conflictos constitucionales.
3. En Chile, en los hechos, existe un modelo mixto de legitimación y admisibilidad, poco claro y poco coherente al estar sobrecargado de controles en las diferentes etapas de creación, desarrollo y vida de la norma.
4. En el mismo marco, en el sistema chileno de control de normas conviven todos los tipos de legitimaciones imaginables: acción pública, órganos, minorías, acción pública, diferenciándose en cada atribución.
5. Parece surgir así una necesidad de redefinir el modelo, en torno a un eje principal de potestades: control concreto a posteriori, determinando claramente, ojalá a nivel de ley, el significado mínimo del fundamento razonable y estableciendo un mecanismo expreso y tasado de selección de causas.
6. También por coherencia, surge la necesidad de establecer el fundamento razonable a propósito del ejercicio de acciones públicas.



CUARTO PANEL

**EXPERIENCIAS CON EL AMPARO
CONSTITUCIONAL: VENTAJAS
Y DESVENTAJAS**



1. LUCES Y SOMBRAS DEL RECURSO DE AMPARO EN ESPAÑA

Andrés Javier Gutiérrez Gil¹

I. Introducción

Quisiera comenzar mi intervención sobre el recurso de amparo español destacando dos de entre las diversas tendencias que creo que actualmente pueden advertirse en la justicia constitucional contemporánea: la primera es una cierta constricción de la función de control abstracto de constitucionalidad, que viene cediendo protagonismo a la función hermenéutica, en la medida en que los actuales tribunales constitucionales, más que a depurar el ordenamiento jurídico tienden a fijar interpretaciones vinculantes del mismo, de la mano de dos principios: el de presunción de constitucionalidad de las leyes y el de interpretación conforme a la Constitución. Una segunda tendencia es la implicación cada vez más intensa de los tribunales constitucionales en la protección de los derechos humanos, a través de instrumentos procesales diversos, ya sean acciones de protección individual, como el recurso de amparo en Alemania y España, ya a través del planteamiento por los jueces ordinarios de dudas de constitucionalidad al aplicar la legalidad, como ocurre con la cuestión prioritaria francesa o la cuestión de inconstitucionalidad española; en un plano intermedio se situaría el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Derecho chileno.

Las intervenciones precedentes han puesto de manifiesto que el objeto de control por el Tribunal Constitucional de Chile es, fundamentalmente, el legislador. En el caso del Tribunal Constitucional español lo es el legislador, pero los son también los poderes ejecutivo y judicial, a través del recurso de amparo. Otra particularidad que ha quedado patente, estriba en que el constituyente chileno ha diseñado un Tribunal Constitucional preventivo, garante de que no se apliquen leyes que contradigan la Constitución. El constituyente español, por el contrario, ha configurado un Tribunal Constitucional reactivo que, como regla general, juzga leyes en vigor y resoluciones administrativas y judiciales firmes. También podría decirse que el sistema español es deferente con los poderes públicos, pues hay una presunción de constitucionalidad de la ley y éstas se juzgan aplicando el principio de interpretación conforme; de igual manera, se parte de una presunción de constitucionalidad de las resoluciones judiciales, pues la mera impugnación no suspende su eficacia.

¹ Secretario General del Tribunal Constitucional de España.

Es cierto que un recurso de amparo, esto es, una acción individual y directa del ciudadano en defensa de sus derechos fundamentales radicada en el Tribunal Constitucional, no existe como tal en Chile. Pero, como se ha expuesto en alguna intervención de esta mañana, la doctrina constitucionalista chilena viene destacando cómo el requerimiento de inaplicabilidad –concebido para evitar que en un proceso pendiente se produzca la aplicación de una ley a la que se atribuyen vicios de inconstitucionalidad– se viene aproximando paulatinamente a un recurso de protección individual de los derechos fundamentales con efectos *inter partes*.

En esa medida puede tener algún interés compartir con ustedes las luces y las sombras del recurso de amparo en España, en el bien entendido de que existen múltiples modelos de justicia constitucional de protección de los derechos humanos y que los instrumentos que funcionan adecuadamente en una sociedad pueden no ser útiles en otra, porque cada país tiene su propia tradición jurídica, sus particulares conflictos y sus posibles alternativas.

No quiero entrar en el detalle de la regulación del amparo español, porque tendría poco interés en este momento exponer sus trámites y exigencias procedimentales. Sí quiero, en cambio, recordar algunos caracteres de nuestro amparo:

- La universalidad, en el sentido de que todos los actos jurídicos pueden terminar siendo objeto de control por el Tribunal Constitucional: desde los actos administrativos de cualquier entidad pública hasta un acto parlamentario no legislativo, pasando por cualquier resolución jurisdiccional firme, al margen de la categoría del órgano judicial del que emane.
- En segundo lugar, la subsidiaridad, pues, salvo en los amparos parlamentarios, siempre antecede la intervención del juez ordinario. El juez es el protector natural de los derechos fundamentales y, por tanto, antes de que cualquier eventual vulneración constitucional pueda ser examinada por el Tribunal Constitucional tiene que haber sido objeto de previo conocimiento por un órgano judicial. Pero ocurre que los propios jueces pueden ser causantes de vulneraciones de derechos fundamentales en el curso de un proceso; tal es así que aproximadamente en el 80% de los recursos que se presentan ante el Tribunal Constitucional se aducen vulneraciones causadas durante la tramitación o la resolución de un proceso judicial.
- Una tercera característica de nuestro recurso de amparo es la simplicidad del procedimiento. Al no debatirse hechos, carece de sentido una actividad probatoria distinta de la que se hubiese desarrollado en la vía judicial, no hay vistas públicas, etc.
- En cuarto lugar, la gratuidad del proceso, a salvo los honorarios que el recurrente deba abonar a su abogado.
- Por último, el carácter vinculante, erga omnes, de las decisiones del Tribunal Constitucional.

Estos rasgos hacen que el recurso de amparo haya sido un proceso de verdadero éxito en la realidad jurídica española. Los cuarenta años de actividad del Tribunal Constitucional que

próximamente se cumplen, proporcionan elementos de juicio suficientes para contrastar los aciertos y los problemas del recurso de amparo en España. En este sentido, quisiera identificar cuatro méritos, tres objeciones y otros tres antidotos a éstas.

II. Aciertos del recurso de amparo en España

El primer efecto beneficioso que el recurso de amparo generó fue introducir una cultura de los derechos humanos, que no existía en España. No existía en el ámbito académico, donde los estudios universitarios no eran propiamente de derecho constitucional sino de derecho político, centrados preferentemente en el análisis de las instituciones propias y del derecho comparado. Difícilmente podía ser de otro modo porque en España, sencillamente, no había Constitución. De otra parte, el poder judicial en España era mero aplicador de la legalidad. Ciertamente existía un control de la legalidad de la actividad administrativa, ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa, pero no de constitucionalidad. La ley era inmune al control del juez.

Sería justo reconocer que la introducción de esa cultura jurídica de los derechos humanos no hubiera sido posible sin el Tribunal Constitucional. La creación de una sala en el Tribunal Supremo con competencia para conocer de los recursos de amparo no hubiera propiciado las transformaciones que sí ha provocado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el que la incorporación, sobre todo en los primeros tiempos, de un buen número de profesores de la universidad permitió que, con su mayor contacto con las corrientes jurídicas extranjeras, se aceleraran las necesarias innovaciones. Fue un proceso que puede darse por concluido hace tiempo, pues hoy es toda la comunidad jurídica la que comparte generalizadamente los valores constitucionales conformados por la jurisprudencia constitucional.

Una segunda consecuencia, íntimamente unida a la anterior, ha sido la influencia de la jurisprudencia constitucional de amparo sobre la praxis judicial. El recurso de amparo, como saben, no es un juicio directo sobre la ley, pues no se pretende a través suyo controlar al legislador sino al aplicador del derecho. Son las actuaciones administrativas o las resoluciones judiciales que aplican la ley las que se someten al control de constitucionalidad. Y lo cierto es que en el año 1980 era habitual en nuestros tribunales un fuerte literalismo en la interpretación de la ley sustantiva y un destacado formalismo en la interpretación de las normas procesales; por otra parte, la motivación de las resoluciones judiciales era muy estereotipada, la inmediatez judicial en la práctica de las pruebas era deficitaria, y primaba la denominada “valoración en conciencia” de la prueba, lo que permitía no explicitar el proceso racional de su apreciación.

La transformación que en todos estos ámbitos ha experimentado la justicia española no se produjo de un día para otro, pero la evolución de la mentalidad del juez español, su sensibilidad y respeto al proceso debido, ha sido fruto, en gran medida, de la jurisprudencia constitucional, cuya fuerza vinculante se señala en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que hace

obligatorio para todo juez interpretar el ordenamiento jurídico a la luz de las resoluciones del Tribunal Constitucional.

De este modo, el juez español tiene conciencia de que no es solo juez de la legalidad sino también juez de la constitucionalidad. Y es que, ciertamente, el juez ordinario puede anular actos de las particulares que infrinjan la Constitución, puede anular actos administrativos y normas de rango reglamentario inconstitucionales, interpreta toda ley a la luz de la Constitución, juzga provisionalmente la ley que tiene que aplicar, pudiendo en caso de duda fundada suspender el proceso y plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Únicamente carece de competencia para expulsar del ordenamiento jurídico las normas de rango legal, pues esto es monopolio del Tribunal Constitucional.

El tercer mérito que el recurso de amparo ofrece es el de haber servido de puente con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La Constitución española presenta la particularidad de que su artículo 10.2 obliga a todos los jueces, incluido el Tribunal Constitucional, a interpretar los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales suscritos en materia de derechos humanos. Se trata, también aquí, de una obligación, no de una mera orientación o criterio hermenéutico más. En este sentido, es frecuentísima la cita de la jurisprudencia europea en las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional. Esto justifica en parte el escaso número de condenas que sufre España por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en comparación con otros estados que carecen de un cauce procesal equivalente. También hay que destacar que progresivamente va cobrando importancia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través de la aplicación de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

Una virtud más que ofrece el recurso de amparo es la justicia material que se dispensa en cada caso resuelto. Hoy nadie discute que el Tribunal Constitucional español ha contribuido decisivamente a llenar de contenido y a delimitar los derechos fundamentales expresados en la Constitución española. La jurisprudencia constitucional ha penetrado todas y cada una de las normas, cualquiera que sea su rango, proyectándose sobre todos los sectores del ordenamiento jurídico, público o privado. Pero no puede dejar de decirse que, además, más de cuatro mil personas han visto, a lo largo de los cuarenta años de jurisprudencia constitucional, cómo se restablecían derechos constitucionales que les habían sido conculcados. Sin duda, esta competencia para resolver recursos individuales presentados por los ciudadanos ha acercado el Tribunal a la sociedad.

III. Problemas y desafíos del recurso de amparo español

Paso, también con rapidez, a mencionar *los tres problemas más destacables que a mi juicio presenta el recurso de amparo en España.* El primero de ellos es que *puede distraer al Tribunal Constitucional de otras tareas*, precisamente de aquellas que sólo él puede desempeñar. La defensa de los derechos fundamentales puede y deben hacerla los jueces ordinarios. Por el contrario, el control de la

constitucionalidad de las leyes sólo compete al Tribunal Constitucional. En la medida en que el recurso de amparo represente una carga de trabajo que impida al Tribunal Constitucional realizar en tiempo razonable su tarea genuina, puede convertirse en un lastre.

Ya en la memoria del Tribunal de 1980-1986 se advirtió de los problemas que podría generar el continuo y notable incremento de asuntos que se comenzaba a registrar. Tanto la doctrina jurídica como el propio Tribunal Constitucional, vinieron señalando, reiteradamente, la necesidad de una reforma legislativa. Desechadas las opciones dirigidas a la limitación del ámbito del recurso de amparo, la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, se centró en reforzar las potestades del Tribunal en la fase de admisión de los recursos. Sin duda, la nueva regulación de nuestro recurso de amparo se ha inspirado en la reforma alemana de 1993, que, a su vez, tuvo la vista puesta en el *certiorari* norteamericano. La normativa alemana permite inadmitir un recurso de amparo sin necesidad de motivar las razones de la inadmisión, aunque sustentando dicha inadmisión en la doble condición de que el recurso tenga escaso o nulo interés constitucional y que el perjuicio causado por la posible vulneración no sea especialmente grave. Probablemente, la ausencia de resultados completamente satisfactorios (en 1996 la Comisión Belda propuso una nueva fórmula cercana al *certiorari* norteamericano) ha podido influir en que el legislador español haya dotado al recurso de amparo de un carácter más marcadamente objetivo.

Lo verdaderamente novedoso de la reforma consiste en la llamada objetivación del amparo, que deja de ser, sólo, un instrumento de tutela subjetiva de los derechos fundamentales, para convertirse también en un instrumento dirigido esencialmente a la unificación de los criterios de interpretación y de aplicación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Tal objetivación se logra mediante la introducción de una nueva condición de admisibilidad: la concurrencia en el recurso de una “especial trascendencia constitucional”, que ha de ser valorada en atención a su importancia para la interpretación de la Constitución, la aplicación o general eficacia de la misma o la determinación del contenido y del alcance de los derechos fundamentales. La violación de los derechos fundamentales aparece así como una *occasio* para que el Tribunal Constitucional lleve a cabo su pronunciamiento, prescindiendo de la gravedad o levedad de la supuesta vulneración.

La segunda dificultad conocida por todos que puede provocar la existencia del recurso de amparo es la de *generar una zona de fricción con los jueces ordinarios*. Es inevitable que un sistema de justicia constitucional en el que, además del control de las leyes, se atribuya al Tribunal Constitucional la tutela subsidiaria de los derechos fundamentales, ocasiona fricciones con la jurisdicción ordinaria. La existencia del recurso de amparo posibilita desencuentros con el poder judicial, máxime si, como en el caso español, la intervención del Tribunal Constitucional se produce siempre juzgando una previa resolución de los órganos judiciales, incluido el Tribunal Supremo.

El Tribunal Constitucional surgido de la Constitución de 1978 ha estado rodeado de una gran aceptación, aunque tampoco faltaron recelos, que tenían distintas causas. En primer lugar estaba el recuerdo del Tribunal de Garantías Constitucionales de 1931, acusado de una fuerte politización.

Por otra parte, la instauración de un Tribunal Constitucional suele conllevar la asunción de algunas competencias que hasta ese momento ejercían otras instituciones, como también ha ocurrido en Chile a raíz de la Constitución del 2005. En todo caso, los argumentos a favor y en contra de la jurisdicción constitucional están a disposición de quienes se tomen el interés de leer a Hans Kelsen y a Carl Schmitt. Probablemente en el año 2019 no sigue siendo necesario argumentar sobre el valor normativo de la Constitución y el deber que tienen de sujetarse a ella todos los poderes públicos. La cuestión es ¿quién actúa como “Der Hüter der Verfassung”, como guardián de la Constitución? Existiendo diferentes fórmulas de articulación de las relaciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria, ambas comparten como misión la defensa normativa de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Lo importante es que en los países que cuentan con jurisdicción constitucional especializada, se definan y fijen criterios precisos de delimitación de sus respectivos ámbitos competenciales, a fin de mejorar el correcto desempeño de sus atribuciones.

Es cierto que el carácter normativo de la Constitución y la unidad del ordenamiento jurídico conllevan la imposibilidad de delinear una frontera nítida entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional. Así lo observó el Tribunal Constitucional español en su sentencia 50/1984, de 5 de abril, en la que afirmó que “la distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida [...] refiriendo la primera al plano de la constitucionalidad y la jurisdicción ordinaria al de la simple legalidad, pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incommunicables”.

Por ello esta problemática no es fácil de abordar más que con la aceptación leal del ámbito competencial de cada institución. No faltan fórmulas con las que atenuar las dificultades y quizá una de ellas pudiera ser un recurso de amparo de unificación de doctrina, mediante el cual el Tribunal Constitucional se limitara a conocer de aquellos casos en los que se constatará la existencia de interpretaciones divergentes en la jurisdicción ordinaria, ejerciendo la jurisdicción constitucional una función de carácter unificador.

En cualquier caso, es necesaria la autocontención de los tribunales constitucionales, distinguiendo bien el área de la constitucionalidad del de la legalidad, respetando el ámbito propio de la jurisdicción del Tribunal o Corte Suprema, y no pretender resolver problemas que no son de estricta constitucionalidad sino que del ámbito de libertad de interpretación de los tribunales.

El tercer riesgo que puede vincularse al recurso de amparo es el de *favorecer el hiperactivismo judicial*. Desde una perspectiva meramente cuantitativa hay que ser consciente de que un Tribunal Constitucional no puede generar una doctrina de calidad ni los tribunales ordinarios ni la comunidad jurídica tienen la capacidad de asimilar su jurisprudencia si se dictan centenares o miles de resoluciones cada año. En Estados Unidos, conforme a la estadística oficial de su Tribunal Supremo, el año pasado se presentaron algo más de seis mil demandas y se resolvieron 63 casos. El Tribunal norteamericano parece consciente de que su misión no es resolver los problemas de cada uno de los ciudadanos de la nación sino crear criterios de interpretación jurídica de proyección general.

Desde una perspectiva de fondo, el hiperactivismo judicial propicia la afectación de ámbitos competenciales propios del legislador o del ejecutivo, mediante decisiones que pueden tener un enorme impacto en la política presupuestaria del estado. No es a los tribunales a los que corresponde diseñar las preferencias presupuestarias del estado o la política energética de un país, por expresar dos ejemplos, sino tan solo excluir aquellas opciones legislativas vedadas por la Constitución.

Desde la diversidad de modelos económicos existentes en los estados iberoamericanos y el respeto a la esfera de competencia de cada legislador para determinar el alcance de las prestaciones económicas y sociales, en función de las disponibilidades económicas y de las necesidades de los diversos grupos sociales, nuestros tribunales constitucionales ejercen la función de garantizar la primacía normativa de sus respectivas Constituciones y los derechos económicos y sociales de todos los ciudadanos.

IV. Reflexiones finales

Parece que como contrapartida a ese control de constitucionalidad que un Tribunal Constitucional ejerce sobre los poderes públicos, es exigible que toda decisión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes sea políticamente neutral. El Tribunal Constitucional no representa a los ciudadanos, como sí lo hacen otros poderes políticos. Su tarea consiste en resolver las controversias que se le planteen mediante decisiones jurídicas, guiadas por la razón del Derecho y no por el criterio político. Su misión no es actuar como una tercera Cámara, sino resolver problemas –muchas veces de contenido político– siempre con criterios jurídicos.

Para finalizar. En España las luces superan ampliamente las sombras del recurso de amparo. El recurso de amparo tiene una naturaleza instrumental que se ha demostrado eficaz, porque ha logrado en gran medida sus objetivos últimos que no son otros que facilitar la realización de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico consagrados en el artículo 1.1 de la Constitución: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Valores éstos felizmente vinculados a los fundamentos del orden político y de la paz social que proclaman el artículo art. 10.1: la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás.

2. ALCANCES DEL AMPARO CONSTITUCIONAL Y DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD EN CHILE

María Pía Silva Gallinato¹

I. Introducción

Sabemos que un Estado Constitucional y Democrático de Derecho se funda no sólo en el reconocimiento de derechos fundamentales que emanan de la dignidad humana, sino, asimismo, en el establecimiento de garantías para su efectivo ejercicio, dentro de las cuales revisten importancia esencial los mecanismos de carácter jurisdiccional creados para proteger tales derechos cuando alguno de ellos ha sido lesionado.

Al ser reconocidos tales derechos en la Carta Fundamental, debido a su fuerza directamente vinculante y a la necesidad consecuente de promover la existencia de una Constitución “garantizada”, como la denomina Luis Prieto Sanchís², su efectividad se confía a jueces especializados en la función de controlar a los poderes públicos e, incluso, a los particulares. Ahora bien, sabemos que a través de tal control no sólo se persigue la garantía de los derechos reconocidos en la Carta sino de todas las disposiciones constitucionales, es decir, sean éstas orgánicas, dogmáticas o relacionales.

Dentro de este escenario diversas cartas fundamentales han facultado a los tribunales encargados especialmente de ejercer el control de constitucionalidad, para conocer y resolver el denominado “amparo constitucional”, mientras otras, como la nuestra, no le han confiado directamente esa atribución al Tribunal Constitucional sino el control concreto de la ley a través de la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, atribución que, para algunos, se ha convertido en una especie de seudo amparo de derechos fundamentales.

Acá me propongo analizar esos dos mecanismos de control, para explicar cómo tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional en Chile están llamados a garantizar los derechos fundamentales, por lo que ambos, en el ámbito de sus respectivas competencias, interpretan auténticamente la Constitución. Además, buscaré revisar la forma en que esas dos judicaturas se vinculan para

¹ Ministra del Tribunal Constitucional de Chile.

² PRIETO SANCHÍS, LUIS (2007), p. 214.

cumplir con tal misión, para esbozar algunos de los problemas que ello acarrea y esbozar algunas vías para solucionarlos.

II. El amparo constitucional

Partamos por recordar que el proceso de amparo constitucional se caracteriza porque es legitimado activo cualquiera que estime vulnerados sus derechos por actos u omisiones provenientes de órganos públicos –o incluso de particulares especialmente en el sistema latinoamericano, que recoge en general la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en su vertiente de efecto inmediato–, debiendo dirigirse el afectado, dentro de cierto plazo al órgano jurisdiccional correspondiente. Dispuesta ya su admisibilidad, de acogerse el amparo, la sentencia ordenará adoptar las medidas cautelares que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho, pudiendo suspender de manera provisional o definitiva el acto vulneratorio.

El amparo además se establece en la Constitución o en la ley, pudiendo ser conocido por los tribunales ordinarios de justicia; en forma compartida por éstos y por la magistratura constitucional a través de la revisión de las sentencias que ellos emitan; o, en fin, directamente sólo por esta última³.

Ahora bien, en Latinoamérica corresponde generalmente a las Cortes Constitucionales, pertenecientes o no al Poder Judicial, conocer del amparo en grado de revisión, actuando como tribunales de 2º instancia, constituyéndose así en órganos que fijan límites a los jueces para la aplicación e interpretación de los derechos constitucionales. Excepcionalmente en algunos países se permite a los afectados acudir directamente a la jurisdicción constitucional⁴, adoptando en ese caso el amparo el carácter de una acción. En Chile, como veremos, corresponde sólo a los tribunales ordinarios de primera instancia y a tribunales de alzada conocer de las acciones tutelares de derechos.

Dentro de los países europeos, el modelo alemán –que ha servido de inspiración a otros, aunque con ciertas variantes, como sucede con el español través del llamado “amparo extraordinario”⁵– busca convertir al Tribunal Constitucional en el “tribunal de los ciudadanos”, como dice el profesor Peter Häberle⁶, protegiendo tanto el derecho subjetivo del afectado por la vulneración de sus derechos fundamentales como, asimismo, el derecho objetivo en resguardo del orden constitucional. El

³ El derecho a ejercer el amparo constitucional encuentra su consagración en el art. 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos que establece: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

⁴ FERRER MAC-GREGOR (2006), pp. 22 a 24, da como ejemplos los casos de Guatemala y El Salvador.

⁵ FERNÁNDEZ SEGADO (2006), pp. 789-834.

⁶ HÄBERLE, PETER (2006), pp. 702 y 727.

recurso de amparo constitucional permite que, una vez agotada la vía judicial ordinaria y en forma subsidiaria, frente a la vulneración de un derecho fundamental provocada por el poder público, el afectado solicite a esa Magistratura el ejercicio de un control de constitucionalidad sobre una resolución judicial que tiene valor de cosa juzgada (art. 93.1.Nº 4), como consecuencia de que, durante el proceso o en la interpretación y aplicación del derecho que realice el juez, se lesiona un derecho fundamental. De acogerse el recurso, la sentencia es anulada, debiendo volver a ser juzgado el asunto por el tribunal competente (art. 95.2.). La revisión del Tribunal Constitucional alemán a la actuación de los tribunales ordinarios está limitada por la tesis que el propio órgano constitucional ha expresado, en cuanto a que no es una “super instancia sobre los hechos” de la causa porque ello compete a los tribunales ordinarios⁷, sin que le corresponda además examinar si las sentencias son correctas o no, sino únicamente si se ha vulnerado un derecho constitucional específico⁸. Además, no puede olvidarse que la declaración de inconstitucionalidad en estos casos es bastante extraordinaria, estando obligado a fundamentar el fallo sólo en caso de ser acogido y revocada la sentencia del tribunal ordinario.

El recurso de amparo español⁹ –que tiene similitudes con el alemán– puede interponerse por toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como por el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional para tutelar los derechos reconocidos en algunos preceptos de la Carta de 1978 en caso de que éstos hayan sido vulnerados por actos u omisiones provenientes de los poderes públicos tanto de carácter administrativo, judicial o parlamentario, debiendo la Magistratura efectuar una valoración del contenido esencial del derecho. En el caso de que la inconstitucionalidad provenga de un acto administrativo, el recurso de amparo debe interponerse una vez agotada la vía judicial¹⁰; mientras tanto, si proviene de una decisión de los órganos representativos, el plazo es de 3 meses desde que la decisión está a firme¹¹.

III. La garantía de los derechos fundamentales en Chile y su evolución

¿Cuál es, por su parte, la situación de la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en Chile? ¿Cómo han sido éstos amparados en nuestro sistema institucional?

⁷ BVerfGE 18, 85, 92; 68, 361.

⁸ HÄBERLE, PETER (2006), ob. Cit., p. 745.

⁹ Art. 53.2. “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

¹⁰ Art. 43.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España.

¹¹ Art. 43.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España.

Recordemos que tempranamente las constituciones de 1822 y 1823 dispusieron que correspondía al Poder Judicial “proteger los derechos individuales”, expresando luego la de 1833 que la Corte Suprema debía “proteger, hacer cumplir y reclamar a los otros poderes por las garantías individuales y judiciales”¹².

Más adelante la ley reconoció expresamente a todos los tribunales su **facultad conservadora**¹³, es decir, la de velar porque los órganos públicos resguarden los derechos individuales, para que de ese modo “los gobernados encuentren en el Poder Judicial el apoyo eficaz que les permita disfrutar de su libertad y proyectar sin tropiezos su actividad”, como expresó don Alejandro Silva Bascuñán¹⁴.

No puede olvidarse al efecto que la defensa directa de tales derechos radica a fin de cuentas en la intervención de jueces cercanos a la litis, en base a procedimientos racionales y justos, con especialización y capacidad de conocer los hechos y con decisiones susceptibles de ser corregidas por un sistema recursivo adecuado, tutelado en nuestro sistema jurídico por una Corte Suprema con facultades para anular sus fallos.

Pues bien, las facultades conservadoras del Poder Judicial ya se habían manifestado especialmente desde 1833, a través de la misión conferida por la Carta Fundamental de ese año de resolver los habeas corpus, a través del llamado en Chile “recurso de amparo”. Posteriormente la Constitución de 1925, recogiendo asimismo en su texto tal acción, confió además a la Corte Suprema el juzgamiento de otras acciones tutelares de derechos fundamentales, como son el reclamo por pérdida de la nacionalidad chilena y la acción por error judicial.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, a las acciones a que aludía la Carta anterior se agregó el llamado “recurso de protección” (art. 20), como medio extraordinario de tutela de determinados derechos constitucionales, con el fin de amparar a toda persona en caso de privación, perturbación o amenaza provenientes de actos de autoridad o de particulares en contra del ejercicio legítimo de tales derechos. Corresponde también al Poder Judicial, en ejercicio de sus facultades conservadoras, el juzgamiento de esa acción a través de la Corte de Apelaciones respectiva y de la Corte Suprema, como tribunal de alzada.

Cabe hacer notar además que, con el mismo fundamento, y desde 1990, se han incorporado a nuestro sistema jurídico una serie de otras acciones que cautelan derechos fundamentales de creación legal, cuyo conocimiento se ha entregado también no sólo en primera instancia a las Cortes de Apelaciones sino que incluso, en algunos casos, a jueces de letras. Entre tales acciones nos encontramos, por ejemplo, con el llamado recurso de amparo económico, las acciones de

¹² art.146 N° 1.

¹³ art. 3° Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875 y actualmente el art. 3° del Código Orgánico de Tribunales así lo consagra.

¹⁴ SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO (2002), p. 150.

tutela de derechos fundamentales del trabajador, de no discriminación arbitraria, por vulneración de derechos del contribuyente, el habeas data, etcétera.

IV. La inaplicabilidad por inconstitucionalidad

La Constitución de 1925 entregó a la Corte Suprema el control de constitucionalidad represivo de la ley mediante la declaración de su inaplicabilidad, desechando un sistema de control difuso confiado a todos los jueces como el norteamericano. Dicha Corte podía actuar de oficio en los asuntos de que conociera o decidir un recurso de inaplicabilidad interpuesto por una parte en juicio pendiente seguido ante los tribunales ordinarios. Posteriormente, la ley de reforma N° 17.284 de 1970, al crear el Tribunal Constitucional, le confió la función de controlar la constitucionalidad de la ley pero sólo en forma preventiva y abstracta.

Con un alcance similar el constituyente de 1980 mantuvo ese sistema mixto de control de la ley cuando restableció el Tribunal Constitucional, que había sido disuelto en 1973 por decisión de la Junta Militar que asumió el poder ejecutivo, legislativo y también constitucional.

No obstante, más adelante, ya restaurada la democracia, la ley de reforma constitucional N° 20.050, de 2005, entregó a dicha Magistratura Constitucional el ejercicio del control concentrado de la ley. De esta manera privó a la Corte Suprema de la función que tenía de declarar la inaplicabilidad de preceptos legales para entregar esa competencia al Tribunal Constitucional, al cual además se le otorgó la atribución de declarar su inconstitucionalidad siempre que previamente hubiese sido declarado inaplicable en sentencia anterior el mismo precepto legal (art. 93 N° 7), además de una serie de otras nuevas atribuciones no vinculadas al control de la ley¹⁵.

El constituyente de 2005 fortaleció así al Tribunal Constitucional como consecuencia del prestigio que dicho órgano había adquirido debido a la importante labor que había desarrollado desde que comenzara a funcionar en 1981 y, en especial, por el rol que desempeñó para facilitar el tránsito pacífico a la democracia. Esto último se manifestó a través de la dictación de sentencias recaídas en diversas leyes orgánicas constitucionales de carácter político, en las que, aplicando principios de hermenéutica constitucional para darle un sentido armonioso y finalista a la Carta Fundamental garantizando así el funcionamiento de un sistema electoral y de partidos políticos que permitió

¹⁵ Según el actual artículo 93, le corresponde además: Ejercer el control preventivo y obligatorio de los tratados internacionales que contuvieran materias propias de leyes orgánicas constitucionales (art. 93 N° 1); resolver las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados provenientes de la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y Tribunal Calificador de Elecciones (art. 93 N° 2); resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas y administrativas y los tribunales ordinarios de justicia (art. 93 N° 12); calificar la inhabilidad invocada por un parlamentario en los términos del inciso final del artículo 60 y pronunciarse sobre su renuncia al cargo (N° 15).

que las votaciones populares necesarias para posibilitar la entrada de las normas permanentes de la Carta fuese transparente y participativo.

A ello se sumaron las críticas que se habían hecho a la labor efectuada por la Corte Suprema al pronunciarse sobre las inaplicabilidades, por cuanto tendía a efectuar un control de constitucionalidad más bien en abstracto y no concreto; aplicaba un criterio interpretativo demasiado formalista, conservador y ceñido al tenor literal de la ley y de la Carta y, en definitiva, poco protector de los derechos fundamentales; se consideraba que su jurisprudencia era contradictoria y poco uniforme; todo lo anterior en un contexto en que la opinión pública tenía además una opinión crítica acerca de la labor que había ejercido durante el régimen militar (1973-1990), como consecuencia de la poca energía que había manifestado en defensa de los derechos humanos durante tal período¹⁶.

Sin embargo, la extensión de sus facultades no llevó al constituyente de 2005 a traspasar al Tribunal Constitucional el juzgamiento de las acciones tutelares de derechos fundamentales —especialmente para no distraer al Tribunal de su tarea más propia, como es el control abstracto de la ley—¹⁷, por lo cual los tribunales ordinarios siguen en ese ámbito ejerciendo sus facultades conservadoras.

De este modo, el Poder Judicial comparte con el Tribunal Constitucional la misión de velar por la garantía de los derechos fundamentales en situaciones particulares sometidas a su decisión, aunque en ámbitos diferentes: el primero, velando por la constitucionalidad de los actos de la autoridad o de particulares que vulneren determinados derechos constitucionales, y el segundo ejerciendo el control concreto de la constitucionalidad de la ley a través de la declaración de su inaplicabilidad con efectos en un caso particular.

Ahora bien, si la competencia del Tribunal Constitucional se amplió ostensiblemente al confiársele ahora la resolución de la inaplicabilidad de preceptos legales, ¿puede considerarse que, en ejercicio de esa nueva atribución, conoce de una especie de pseudo amparo constitucional, término planteado por el profesor¹⁸ Emilio Pfeffer, en artículo publicado en 2011, o un amparo imperfecto, como lo han denominado los profesores Pica y Cazor¹⁹?

¹⁶ SILVA BASCUÑÁN y SILVA GALLINATO (2005), pp. 353 y 363.

¹⁷ Fue determinante en esa decisión la intervención durante la discusión en el Parlamento del proyecto de reforma del entonces presidente del Tribunal Constitucional don Juan Colombo Campbell quien, al exponer sobre la materia, sostuvo que no convenía “traspasar al Tribunal las funciones que hoy día corresponden a los tribunales ordinarios, especialmente a las Cortes de Apelaciones como controladoras de la justicia constitucional en el área de las garantías constitucionales, a través de las acciones y los recursos de amparo y protección. Si se hace un estudio comparado de lo que ha ocurrido en los países que tienen como controlador superior en estos casos al Tribunal, verán que están prácticamente colapsados”, considerando que con ello su labor propia. Puede consultarse la historia de la reforma en PFEFFER URQUIAGA, EMILIO (2005), p. 378.

¹⁸ PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2011), pp. 203-224.

¹⁹ CAZOR, Kamel y PICA, Rodrigo (2009).

La pregunta se funda en una cierta tendencia que se manifiesta en el medio jurídico chileno de considerar que, por la vía de la inaplicabilidad, las partes de una gestión judicial solicitan el amparo de derechos fundamentales que los tribunales podrían no otorgarles. Ello ocurriría no sólo cuando conocen las acciones cautelares que son de su competencia decidir, sino que en relación a cualquier otro asunto sometido a su consideración.

Al abordar la materia se hace necesario comparar la naturaleza y características tanto de las acciones tutelares de derechos fundamentales contempladas en nuestro sistema jurídico como del denominado “recurso de amparo constitucional” que existe en el derecho comparado, con el sistema de control represivo de constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional por medio de la inaplicabilidad de la ley, según lo que dispone la actual Carta Fundamental en su art. 93 N° 6 e inciso 11°.

V. Características del control de constitucionalidad de la ley a través de la declaración de su inaplicabilidad

Recordemos que si bien la ley se presume constitucional –porque en su elaboración el legislador debió adoptar los resguardos necesarios para que su texto se ajustara a la Carta– es posible que, en el hecho, la aplicación de un precepto legal vigente en una gestión pendiente de resolución resulte contraria a ella. En tal caso, el Tribunal Constitucional, efectuando un examen concreto de constitucionalidad, está facultado para declarar la inaplicabilidad de la ley con efectos particulares.

La comprensión de las características de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley supone tener presente lo siguiente:

- a. Digamos, en primer lugar, que el requerimiento de inaplicabilidad es una acción. Por su intermedio una parte de una gestión pendiente de resolución seguida ante un tribunal ordinario o especial, o el mismo juez que conoce de ella, pone en movimiento al Tribunal Constitucional para que declare la inaplicabilidad de un precepto legal. La pretensión procesal detrás de tal acción es una declaración de voluntad que consiste en la alegación de la existencia de la vulneración de la Carta a través de la aplicación del precepto legal en la decisión del asunto judicial²⁰.
- b. Consecuentemente, el requerimiento de inaplicabilidad no es un medio para impugnar decisiones judiciales, como ocurre con el recurso de amparo constitucional alemán o español: para ello existen los instrumentos recursivos que establece la ley²¹. Tampoco cabe declarar inaplicables otro tipo resoluciones emanadas de los Tribunales superiores de

²⁰ FAIRÉN, Víctor (2016), p. 202.

²¹ STC 1145, 1349, 2124, 1780, 2008, 2037, etc.).

Justicia como son, por ejemplo, los autos acordados y otras resoluciones dictadas por la Corte Suprema en ejercicio de la superintendencia económica que le reconoce el art. 82 de nuestra Constitución.

- c. Lo anterior se confirma al tener presente que la inaplicabilidad busca que el juez no aplique la norma impugnada en la decisión del caso concreto de que conoce. De acogerse la acción, como éste no puede excusarse de ejercer su jurisdicción²², deberá entonces buscar otra regla que resuelva el conflicto. Ello supone la existencia de una gestión judicial pendiente de tramitación²³ o a la que no se le haya puesto término por sentencia firme y ejecutoriada²⁴. Por lo anterior, como explican los profesores Mario Mosquera y Cristián Maturana, el control represivo por medio de la inaplicabilidad de la ley es ejercido en un proceso principal por adhesión ante el Tribunal Constitucional, ya que requiere como presupuesto de procesabilidad la existencia de un asunto judicial pendiente ante otro tribunal ordinario o especial en el cual la norma legal haya de aplicarse²⁵. La ley entonces tendrá aplicación en la gestión o resultará decisiva en la resolución del asunto, lo cual supone que el precepto diga relación con lo reclamado en la gestión pendiente²⁶ y que todavía no haya sido aplicado en ésta al resolverse en definitiva el asunto²⁷, única forma de que la declaración de su inaplicabilidad tenga un efecto útil.
- d. El control de constitucionalidad a través de la inaplicabilidad sólo se ejerce respecto de preceptos de rango o valor de ley y no de normas de menor jerarquía, como son los reglamentos, decretos, instrucciones, etc., a diferencia de lo que puede suceder con el control constitucional confiado a nuestros tribunales de justicia cuando conocen de algunas acciones cautelares de derechos fundamentales.
- e. Otra diferencia que existe entre tales acciones y la inaplicabilidad es que en este último caso la pugna con la Constitución se produce cuando la aplicación del precepto legal vulnera cualquiera norma constitucional, pudiendo ésta ser de naturaleza orgánica, dogmática o relacional, y no sólo de aquellas que aseguren derechos fundamentales, cual es el presupuesto de las acciones de amparo constitucional.

²² El inciso 2° del art. 76 de la Constitución establece el principio de inexcusabilidad de los jueces en los siguientes términos: “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión”.

²³ SCT 1778, c. 6; en el mismo sentido STC 1720, 2222, 2268, 2280, 2361, 2397, 2464, 2528, 2620, entre otras.

²⁴ SCT 1727, c. 8°, en el mismo sentido STC 1720, 2056, 2228, 2266, 2328, 2478, 2616, entre muchas otras.

²⁵ MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián (2018), p. 556.

²⁶ STC rol 1830, cc. 8 y 9.

²⁷ STC 1828, c. 8 y 1624, c. 5 a 7.

- f. Si bien el control que está llamado a ejercer el Tribunal Constitucional –al igual que en el caso del recurso de amparo constitucional de derecho comparado– no es de carácter abstracto, sino concreto, la inaplicabilidad no busca orientar la argumentación judicial ni pronunciarse sobre las cuestiones de legalidad o prueba, las cuales deben ser resueltas en forma privativa por el juez. Ello es consecuencia de que la declaración de inaplicabilidad de preceptos legales es complementaria o subsidiaria de la actividad de los tribunales de justicia y debe ser respetuosa de las prerrogativas del juez natural, por lo que la sentencia que la acoja no debe afectar las facultades exclusivas del juez para resolver el caso. De este modo la inaplicabilidad –a diferencia de lo que ocurre con el amparo constitucional– no busca enmendar interpretaciones erróneas de la ley, porque ello es materia que le corresponde a los jueces del fondo decidir. El Tribunal Constitucional sólo se pronunciará en el caso de que la aplicación del precepto, razonable o rectamente interpretado, produzca la inconstitucionalidad y siempre que exista una contradicción directa, clara y precisa entre determinado precepto legal que se pretenda aplicar en el caso concreto y la Constitución, ya que no puede interpretar o corregir la ley si no es con relación a su constitucionalidad²⁸⁻²⁹.
- g. Al ejercer su función, el Tribunal ha de aplicar el principio de interpretación conforme a la Constitución, como lo han expresado diversas de sus sentencias³⁰. Este principio, que proviene de la doctrina del Tribunal Constitucional Federal de Alemania³¹, es consecuencia del carácter normativo de la Constitución. Lo que busca es garantizar que exista unidad en el sentido y alcance de las normas constitucionales y describe que, cuando las leyes tienen más de una interpretación al confrontarlas con la Carta, ha de preferirse aquel sentido que se adecúe o reconozca una mayor conformidad con lo prescrito en la Ley Fundamental³². Asimismo, si el Tribunal debe auto restringirse en virtud del principio de deferencia razonada que le merece la obra del legislador, también ha de hacerlo ante el Poder Judicial, el cual, conjuntamente con él, está llamado a asegurar la vigencia del Estado de Derecho.

²⁸ SCT 810, cc. 9 y 10; 1295 c. 34, 1453, c. 4°, entre otras.

²⁹ CORREA SUTIL, JORGE (2006) advierte al respecto que el Tribunal Constitucional “no tiene potestad alguna para dirigir o controlar que la interpretación que los jueces del fondo hagan de los preceptos legales sea efectivamente la que esos fallos consideran como correcta, constitucional o razonable”, p. 20.

³⁰ STC 993, c. 5°, 1337, c. 9°, 1380, c. 13°, entre otras.

³¹ “Una ley no debe ser declarada nula si puede ser interpretada en consonancia con la Constitución; pues no sólo habla en favor de ello la presunción que una ley está en consonancia con la Ley Fundamental, sino que el principio expresado en esa presunción exige también en la duda una interpretación de la ley conforme con la Constitución” (59 Bverfge 2,282, decisión del Tribunal Constitucional Federal, tomo 2, p. 282), citado por RIBERA (1989), p. 224.

³² CORDERO y ALDUNATE (2013), pp. 33-34.

VI. Acción de protección y acción de inaplicabilidad

Ahora bien, ya explicamos que en Chile el Tribunal Constitucional no es la única jurisdicción encargada de ejercer un control de constitucionalidad, por cuanto también corresponde a los tribunales integrantes del Poder Judicial aplicar la Carta a través de sus facultades conservadoras al juzgar actos emanados de la autoridad o de particulares especialmente a través del examen de las acciones tutelares a que hemos hecho referencia.

¿Cuál es la relación existente entre acciones protectoras de Derechos Fundamentales y la inaplicabilidad?

Partamos afirmando que es perfectamente posible que la gestión judicial pendiente –que es el presupuesto de la acción de inaplicabilidad– sea una acción tutelar de ese tipo. Lo anterior se da muchas veces cuando el asunto controvertido dice relación con su conocimiento a través de la interposición de la acción de protección contemplada en el art. 20 de la Carta Fundamental.

En tal caso puede ocurrir que tanto la Corte de Apelaciones respectiva, como la Corte Suprema por vía de apelación, expresen un criterio diferente al de la magistratura constitucional acerca de la forma en que interpretan y aplican la preceptiva constitucional. Sin embargo, ello no tiene por qué llevar a suponer que el Tribunal Constitucional invade la esfera del juez del fondo o viceversa, porque ha de primar siempre el principio de deferencia recíproca que debe existir entre tales órganos y, con mayor razón, si se tiene presente que el objeto de control de cada uno es distinto³³.

En efecto, el juez constitucional debe interpretar la ley para confrontarla con la Constitución, pero con el solo objeto de determinar si su aplicación en relación a la situación de hecho concreta de que se trata produce un efecto constitucional, efecto que podría consistir o no en el vicio de fondo consistente en la afectación de determinado derecho fundamental invocado por quien concurre al Tribunal Constitucional. Por lo tanto, mediante el pronunciamiento de inaplicabilidad, la Magistratura Constitucional ejerce un control normativo sobre la ley, en su variante de control concreto, pudiendo ser tal ley el fundamento del acto u omisión reprochado en la protección y siempre que tal norma legal sea decisoria en la resolución del asunto.

Mientras tanto, el examen de un recurso de protección por la judicatura ordinaria envuelve un mero enjuiciamiento a la constitucionalidad del acto u omisión ilegal o arbitrario reprochado proveniente de una autoridad o de una persona³⁴.

³³ CORBALAN RODRIGUEZ, MARÍA GLORIA (2019), pp. 178-180.

³⁴ STC rol 1266, de 29 de enero de 2009, c. 6°.

VII. Reflexiones finales

Conforme a lo antes explicado, ni el amparo constitucional, como instancia de revisión de las sentencias judiciales, ni las acciones tutelares de derechos fundamentales consagradas en nuestro ordenamiento jurídico y confiado su conocimiento a los tribunales ordinarios de justicia, se asimilan a la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad confiada su resolución al Tribunal Constitucional chileno. Por medio de esta última acción dicha Magistratura ejerce un control de normas que, si bien es de carácter concreto, no enjuicia la forma en que el juez de fondo resuelve la controversia.

Sin embargo, teniendo presente lo ya afirmado en relación a la misión común que cumplen la jurisdicción constitucional y la judicial, y a la naturaleza particular que poseen tanto las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley como las tutelares de derechos fundamentales, debe siempre promoverse que exista una fluida relación entre ambas, en la que prime la cooperación y la coordinación, tema que ha tomado relevancia tanto como consecuencia del fenómeno de la constitucionalización del derecho como de las actuales atribuciones confiadas al Tribunal Constitucional para resolver asuntos que inciden en gestiones judiciales pendientes.

3. EL AMPARO CONSTITUCIONAL: UNA MIRADA EMPÍRICA DESDE EL DERECHO COMPARADO Y EL RECURSO DE PROTECCIÓN EN CHILE

Rodrigo Delaveau Swett¹

I. Introducción: algunas respuestas desde la evidencia

Se sostiene muchas veces –no sin razón– que el derecho constitucional comparado con constituye una disciplina en sí misma. La justificación de tal afirmación radica en que se trata de un ejercicio extraordinariamente selectivo, y no pocas veces sesgado, en razón de que “nadie compara para perder”.

Por tal motivo, para quienes abordamos el Derecho Público desde la óptica del análisis empírico, el denominado “Big Data”² en materia constitucional ha constituido una verdadera revolución metodológica, en cuanto permite introducir un nuevo estándar de investigación, no solo con el objeto de recopilar datos, sino de poder optimizar los análisis cualitativos entre diversas instituciones jurídicas, despejando variables estadísticas que antes resultaba imposible desagregar.

Así, el tema que nos convoca, el recurso de amparo –entendido latamente como la acción procesal de carácter cautelar que tiene por objeto tutelar determinados derechos fundamentales– es posible de ser analizado desde esta óptica gracias al aporte estadístico de instituciones como el *Comparative Constitutions Project*³.

Ciertamente, la institución del amparo constitucional no es idéntica en todas las naciones, ni posee características análogas. En muchos casos, ni siquiera tiene reconocimiento constitucional. Por ejemplo, en el caso alemán, el Tribunal Constitucional Federal ostenta el monopolio del control

¹ Ministro (s) Tribunal Constitucional de Chile. Doctor en Derecho y Master en Derecho, Universidad de Chicago. Magister en Derecho Público, Abogado P. Universidad Católica de Chile.

² Seminal ha sido el trabajo de Big Data en materias jurídicas de Omri Ben-Shahar y Ariel Porat en “*Personalizing Mandatory Rules in Contract Law*” (University of Chicago Law Review, Forthcoming University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 855 U of Chicago, Public Law Working Paper No. 680 27 Pages Posted: 11 Jun 2018 Last revised: 23 Aug 2018). OMRI BEN-SHAHAR University of Chicago Law School ARIEL PORAT Tel Aviv University.

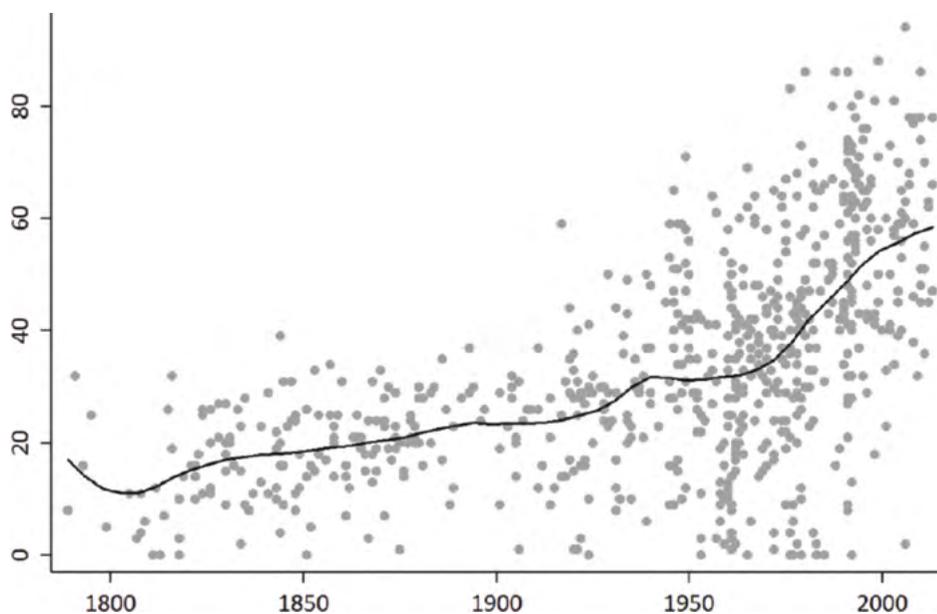
³ Nacido en el año 2007 en la Universidad de Illinois, EE. UU. Levanta datos, recopila y compara instituciones, procesos y contenidos constitucionales de todo el mundo, dictadas a partir de 1787, monitoreando anualmente los cambios constitucionales. Dispone de una base de datos con 199 países, que incluye alrededor de 900 Constituciones (vigentes y derogadas) y más de 2.500 procesos de reforma constitucional.

constitucional, en el sentido de ser el último intérprete de la Constitución y la única instancia en poder declarar la inconstitucionalidad de una ley. En materia de amparo constitucional, “la exigencia del agotamiento de la vía judicial pretende mantener y fortalecer las distintas jurisdicciones especiales existentes en Alemania y convierte al amparo en un recurso extraordinario que no tiene carácter de medida cautelar o de proceso sumario, sino de solución definitiva de una posible violación a la Constitución”⁴. En vista de lo anterior, este tipo de acciones estrictamente no cautelares aun cuando estén destinadas a proteger o amparar derechos fundamentales no son consideradas, para efectos metodológicos o estadísticos, como auténticas “acciones de amparo” según la taxonomía definida anteriormente.

II. Incremento en los catálogos de derechos constitucionales

Si existe una constante en el mundo constitucional actual, es la denominada “inflación” de derechos reconocidos en las diversas Cartas Fundamentales, particularmente a partir de la década de 1960 en adelante, a nivel mundial.

GRÁFICO 1 • Fuente: CCP. (2019)

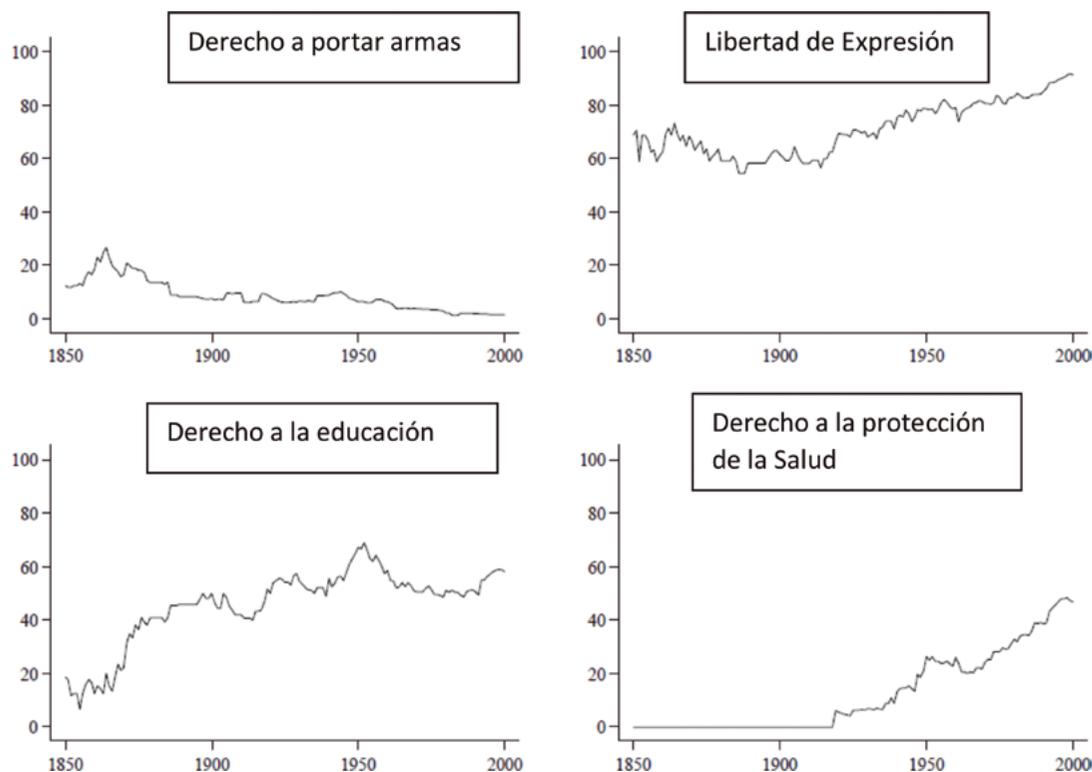


⁴ LÖSING, NORBERT. *El recurso de amparo constitucional (Verfassungsbeschwerde) en Alemania: similitudes y diferencias con la tutela colombiana*. Revista de Derecho Público N°18 - enero de 2005. Universidad de los Andes - Facultad de Derecho. Colombia. P. 99.

Tal como lo indica el **GRÁFICO 1**, la cantidad de textos que desde las décadas de 1960 y 1970 incrementaron sustancialmente los derechos reconocidos en ellas fue explosivo, fenómeno que se repitió también a comienzos de los años 90. Ello no solo se debió al aumento mismo de reformas constitucionales, sino también a la aparición de nuevas Cartas Fundamentales, particularmente en África y Europa del Este. Con todo, este aumento no se da de manera simétrica en los diferentes tipos de derechos constitucionalmente reconocidos.

En efectos, la evidencia parece demostrar que los derechos atraviesan por ciertas “ondas”, movimientos –o derechamente “modas”– en que algunos de ellos encuentran resonancia en determinados sistemas jurídicos, y otros, en cambio, no logran aglomerar consensos o masas crítica necesaria para ser recogidos por los textos constitucionales de un modo relevante. Así, el **GRÁFICO 2**, expone el dispar reconocimiento al Derecho a la educación, el Derecho a portar armas, el derecho a la salud y la libertad de expresión.

GRÁFICO 2 • Fuente: CCP. (2019)



El reconocimiento constitucional al recurso de amparo, como acción cautelar, no escapa a esta disparidad comparada en cuanto a su reconocimiento como un derecho constitucional. En efecto, analizadas las 199 Constituciones vigentes a la fecha, **los 15 derechos más comúnmente reconocidos** en dichos textos, medidos porcentualmente respecto de la totalidad de Cartas Magnas existentes, son⁵:

– Garantía general de Igualdad ante la ley	(97%)
– Libertad de Expresión	(94%)
– Derecho a Reunión	(93%)
– Derecho de Asociación	(93%)
– Libertad Religiosa	(92%)
– Libertad de Movimiento	(85%)
– Derecho de Propiedad	(85%)
– Derecho a la privacidad	(85%)
– Libertad de Opinión	(81%)
– Prohibición a retroactividad de ley penal	(81%)
– Prohibición del castigo cruel o denigrante	(78%)
– Prohibición de tortura	(76%)
– Protección contra la prisión injustificada	(75%)
– Derecho a la vida	(75%)
– Derecho a la asesoría jurídica	(74%)

Como se puede apreciar, en su gran mayoría corresponde a los denominados derechos de primera generación o clásicos, donde importa un deber de abstención por parte del Estado.

Paradójicamente, la acción de amparo, en los términos ya definidos, se encuentra en el otro extremo de la tabla, entre los **15 derechos menos recogidos** por cartas fundamentales a nivel mundial. A saber:

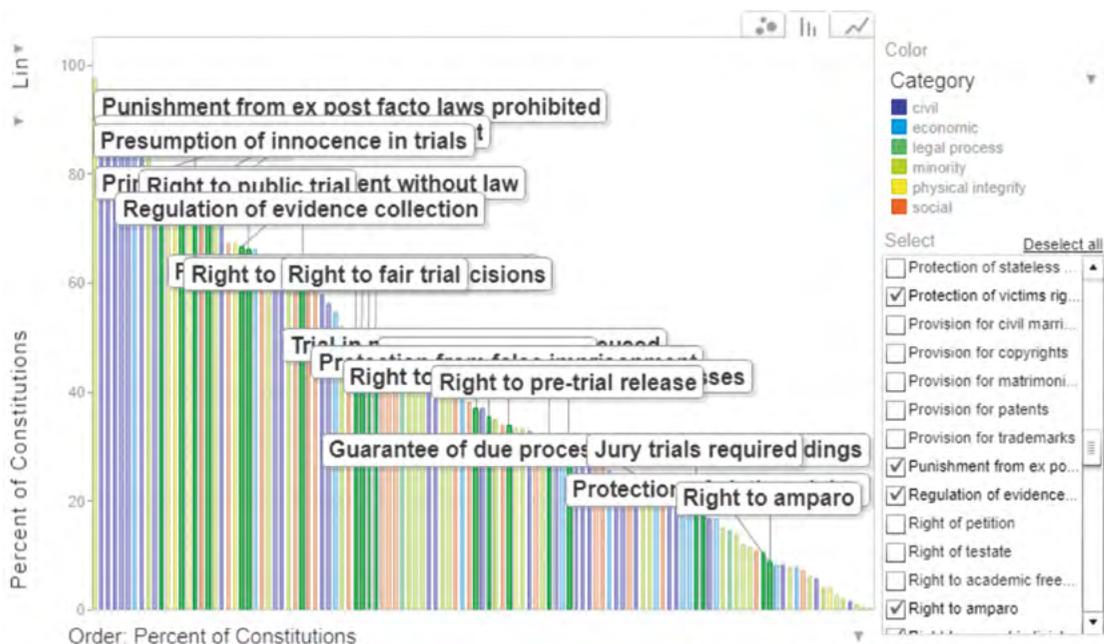
– Derecho al recurso de amparo	(9%)
– Derecho a testar	(8%)
– Derecho al matrimonio civil	(8%)
– Igualdad de tribus o clanes	(8%)
– Protección de marcas comerciales	(8%)
– Derecho al trabajo	(7%)
– Derecho al gobierno interno indígena	(6%)
– Derecho a derrocar al gobierno	(6%)

⁵ www.comparativeconstitutionproject.org

- Derecho a la representación indígena (4%)
- Prohibición al castigo corporal (4%)
- Derecho al voto de los indígenas (3%)
- Igualdad sin perjuicio de la orientación sexual (2%)
- Derecho a portar armas (2%)
- Derecho de los indígenas a formar partidos políticos (1%)

Incluso, si desagregamos la muestra, frente a otros derechos de naturaleza procesal –como la presunción de inocencia, el debido proceso, entre otros–, el reconocimiento constitucional de esta acción a nivel comparado sigue siendo la menor, como lo demuestra el GRÁFICO 3 que contiene el color verde los derechos procesales en materias procesales:

GRÁFICO 3 • Fuente: CCP (2019)



En definitiva, son pocos los países que incorporan la denominada acción de amparo –como la entendemos en nuestros sistemas– como acción cautelar en sus textos constitucionales, siendo en su inmensa mayoría, latinoamericanos. Aquí encontramos –bajo diversas denominaciones– a Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Guinea Ecuatorial, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela.

III. Parámetros analizados de la acción de amparo a nivel comparado

Con el objeto de establecer una comparación de utilidad entre los diferentes sistemas jurídicos que contemplan esta acción, hemos seleccionado cinco parámetros de medición. A saber, si la Constitución regula el juez competente para conocer de la acción –al menos en primera instancia–; en segundo lugar; si la Carta Fundamental respectiva exige ciertos requisitos procesales previos, tales como haber agotado otros recursos judiciales, etc.; luego, quién es el legitimado activo para interponer dicha acción; a continuación, si la Constitución señala contra quién puede proceder el recurso de amparo o protección y; finalmente, cuál es la fuente de los derechos tutelados por la acción.

1. Tribunal Competente

Abordando el primer parámetro nos encontramos con el CUADRO 1.

CUADRO 1 • Fuente: elaboración propia

País	Tribunal Competente
Argentina	Juez de Instancia
Bolivia	Juez de Instancia
Brasil	CSF/CSJ/TRF/CF/JELS
Chile	Corte de Apelaciones
Colombia	Juez de Instancia
Ecuador	Juez de Instancia
El Salvador	Corte Suprema (Sala Constitucional)
España	Tribunal Constitucional
Guatemala	Corte de Constitucionalidad
Guinea Ecuatorial	Tribunal Constitucional
Honduras	Corte Suprema (Sala Constitucional)
México	Juez de Distrito
Nicaragua	Tribunal de Apelaciones
Panamá	Corte Suprema
Paraguay	Juez de Instancia
Perú	Juez de Instancia
República Dominicana	Juez de Instancia
Venezuela	Sala Constitucional

Podemos desprender del cuadro anterior que, predominantemente, es el juez de la instancia –o juez de letras– el llamado a resolver esta acción cautelar dentro del contexto latinoamericano, siendo la segunda opción, los tribunales de jurisdicción constitucional especializada, donde, finalmente las Cortes de Apelaciones son el tribunal las menos utilizado como órgano judicial de primera instancia para conocer de estos recursos.

2. Suficiencia Procesal

En cuanto a la segunda de las variables abordadas, esto es, la suficiencia procesal exigida por la Constitución para interponer el recurso de amparo, los textos varían significativamente entre ellos, tal como lo demuestra el CUADRO 2.

CUADRO 2 • Fuente: elaboración propia

País	Suficiencia Procesal
Argentina	Siempre que no exista otro medio judicial más idóneo
Bolivia	Siempre que no exista otro medio judicial más idóneo
Brasil	
Chile	Sin perjuicio de los demás derechos ante autoridades o tribunales
Colombia	
Ecuador	
El Salvador	
España	
Guatemala	No hay ámbito que no sea susceptible al amparo
Guinea Ecuatorial	
Honduras	
México	Amparo Directo o Indirecto (contra resoluciones judiciales)
Nicaragua	
Panamá	
Paraguay	Que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria
Perú	Exige agotamiento de la vía administrativa y recursos previos
República Dominicana	
Venezuela	

Sólo la mitad de los textos latinoamericanos contemplan una regla al respecto, siendo la más utilizada el que “no exista otro medio judicial más idóneo”. Con todo, solo Perú exige formalmente el agotamiento de la vía administrativa y recursos previos de manera expresa. En Chile, la expresión “sin perjuicio de los demás derechos” ha tenido diversas interpretaciones judiciales, las que van desde una suerte de requisito de “madurez” de la acción (denominado *ripeness* en el derecho anglosajón) hasta las que apuntan a su naturaleza cautelar en el sentido que no ataca el fondo ni produce cosa juzgada material.

3. Legitimación Activa

Con relación a la legitimación activa, los parámetros parecen estar más claros que el resto de los elementos analizados. En efecto, el CUADRO 3, a nivel latinoamericano muestra lo siguiente:

CUADRO 3 • Fuente: elaboración propia

País	Legitimación Activa
Argentina	N/A
Bolivia	Persona afectada, otra a su nombre con poder, o la autoridad correspondiente
Brasil	El afectado (en ciertos casos, un partido político, sindicato u organización)
Chile	El afectado por sí o por cualquiera a su nombre
Colombia	N/A
Ecuador	N/A
El Salvador	Toda Persona afectada en sus derechos
España	Persona Natural o Jurídica. que invoque interés legítimo, Defensor del Pueblo, Ministerio Fiscal
Guatemala	Toda Persona afectada en sus derechos
Guinea Ecuatorial	Persona Natural, Jurídica o causa habiente que invoque interés legítimo
Honduras	Persona agraviada o cualquiera a nombre de ésta
México	El titular de un interés legítimo individual o colectivo
Nicaragua	N/A
Panamá	Toda persona afectada
Paraguay	Toda persona afectada
Perú	N/A
República Dominicana	Toda persona, por sí o por quien actúe en su nombre
Venezuela	Cualquier persona

En términos generales, se comparte el requisito de tener “interés” en el derecho amagado, ya sea personalmente o por interpósita persona, siendo más exigente el caso español. Sólo en el caso de Venezuela podríamos estar en presencia de una “acción popular” sin perjuicio de la jurisprudencia de los tribunales de ese país en cuanto a la legitimación activa del recurso de amparo o protección.

4. Legitimación Pasiva

Más relevante que lo anterior, resulta el contraste entre los diferentes ordenamientos jurídicos en cuanto al legitimado pasivamente o destinatario de la acción de amparo constitucional.

Al respecto, como podremos apreciar en el CUADRO 4, la situación es bastante homogénea, en cuanto a que procede, en todos los casos, en contra de actos de la Administración y respecto de actos de particulares, siendo Nicaragua y Panamá la excepción, ya que no procede respecto de estos últimos. Junto con lo anterior, en el caso guatemalteco y mexicano procede, además, en contra de resoluciones judiciales, situación que no ha estado exenta de problemas de superposición de recursos e inseguridad procesal, siendo ejemplos controversiales respecto de la aplicación, naturaleza y objetivo del recurso de amparo constitucional.

CUADRO 4 • Fuente: elaboración propia

País	Legitimación Pasiva
Argentina	Particulares – Administración
Bolivia	Particulares – Administración
Brasil	Particulares – Administración
Chile	Particulares – Administración
Colombia	N/A
Ecuador	N/A
El Salvador	Particulares – Administración
España	Particulares – Administración
Guatemala	Particulares – Administración – Judicatura
Guinea Ecuatorial	– Administración
Honduras	Particulares – Administración
México	Particulares – Administración – Judicatura
Nicaragua	– Administración
Panamá	– Administración
Paraguay	Particulares – Administración

País	Legitimación Pasiva
Perú	Particulares – Administración
República Dominicana	Particulares – Administración
Venezuela	Particulares – Administración

5. Instrumentos Jurídicos Amparados

Finalmente, en lo relativo a los instrumentos jurídicos que son objeto de reconocimiento y protección por parte de esta acción constitucional, la situación es aún más uniforme, con la excepción de Venezuela. En efecto –como era de esperarse– la totalidad de los países amparan por este instrumento jurisdiccional los derechos reconocidos por la Constitución de sus respectivos ordenamientos jurídicos. En el caso de Argentina, Bolivia, Guatemala y Paraguay, se amparan –adicionalmente– ciertos derechos de reconocimiento legal y, para el caso de Argentina, Honduras y Venezuela se incluyen además los reconocidos en Tratados Internacionales. Sin embargo, respecto de este último, se suman los denominados “Derechos *Extra Iurem*” es decir, eventuales derechos que incluso no han sido reconocidos por norma jurídica alguna⁶.

IV. La acción de protección en Chile y la tutela judicial efectiva: breve análisis empírico reciente

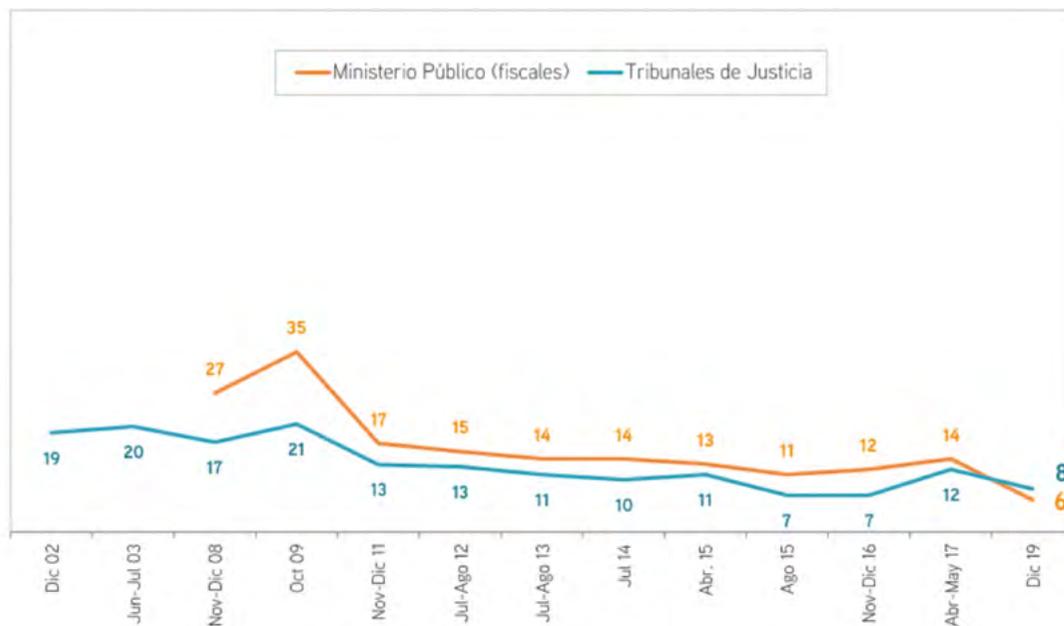
Si bien el Poder Judicial en Chile cuenta con un bajo nivel de confianza ciudadana⁷ (situación no diferente a la que experimentan el resto de las instituciones análogas en Latinoamérica) ello contrasta con el alto grado de satisfacción demostrado por los usuarios –y no los ciudadanos en general– respecto de las Cortes de Apelaciones.

En efecto, en un trabajo de investigación licitado por la Dirección de Estudios de la Corte Suprema, adjudicado en concurso público a la Pontificia Universidad Católica de Chile, el que abarcó cuatro Cortes de Apelaciones y sus respectivos territorios jurisdiccionales –estudio que se extendió por un año, comprendiendo una serie de parámetros cualitativos y cuantitativos– el 71% de los usuarios manifestaron que se encuentran “totalmente satisfechos” respecto de la labor de la Cortes de Apelaciones en materia de Tutela de Derechos.

⁶ Contendida en el TÍTULO III CAPÍTULO I, el artículo 27 inciso primero de la Constitución Venezolana dispone “*Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos*”.

⁷ La encuesta CEP de diciembre de 2019 los sitúa con un 8% de confianza ciudadana, de conformidad a los GRÁFICOS 4 Y 5.

GRÁFICO 4 • Fuente: CEP, Encuestas Nacionales



* Diferencia significativa desde un punto de vista estadístico entre las mediciones de Abril-Mayo 2017 y Diciembre 2019.

GRÁFICO 5 • Fuente: Dirección de Estudios, Corte Suprema

Hallazgo Trabajo en Terreno: "¿Cuál es su evaluación respecto de: El servicio general prestado por este tribunal?" Cortes de Apelaciones en Materia de Tutela de Derechos:



Con todo, es necesario hacer presente, que estos altos niveles de aprobación son solo predicables respecto de las Cortes de Apelaciones estudiadas, es decir, Valparaíso, San Miguel, Rancagua y Talca. Aún así, representan una situación muy diferente respecto de la situación del Poder Judicial en general, y particularmente respecto de la Corte Suprema⁸.

Lo anterior puede resultar relevante, considerando que, actualmente, se encuentra en discusión un proyecto de ley que tiene por objeto regular la tramitación del recurso de protección, deuda normativa del legislador desde hace cuatro décadas⁹. Este proyecto –en general– mantiene muchas de los elementos esenciales que actualmente se encuentran presentes en Auto Acordado del recurso de protección. Entre ellas, conserva la competencia de la Corte Suprema para conocer del recurso de apelación creado en dicho Auto Acordado, para la acción constitucional en estudio.

Como sabemos, la Constitución Política, al incorporar el recurso de protección, sólo otorgó competencia para conocer de él a las Cortes de Apelaciones respectivas¹⁰. La creación de un recurso de apelación respecto de la sentencia de la Corte de Apelaciones en materia de protección, como asimismo de la competencia de la Corte Suprema para conocer del mismo, fueron incorporadas por la propia Corte Suprema en un Auto Acordado, de fecha inclusive anterior a la Constitución (29 de marzo de 1977), sustituido en más de una oportunidad y objeto de varias modificaciones por la misma vía, situación que continúa hasta hoy.

En cuanto a los datos relevantes, sólo en el primer semestre de 2019, la Corte Suprema ha debido dictar 13.430 sentencias relativas a Recursos de Protección, conociendo en segunda instancia¹¹.

Aun cuando se ha reducido el número de recursos referentes a reclamos en contra de Isapres, respecto de años anteriores, este número es extremadamente alto. Ello implica que la Tercera Sala de la Corte Suprema, encargada de fallar en segunda instancia esta acción constitucional cautelar, ha debido dictar –en promedio– 73,5 sentencias al día (más de 3 fallos por hora, las 24 horas del día) incluyendo sábados, domingos y festivos, los 365 días del año, sólo en materia de protección.

Estas cifras, junto con la precariedad normativa de su regulación procesal y jurisdiccional –radicada en un Auto Acordado sin un claro y expreso sustento en el texto constitucional– hacen reflexionar sobre la efectividad y conveniencia de mantener, en los términos actuales, la competencia de la Corte Suprema respecto del recurso de protección, especialmente considerando su naturaleza cautelar y protectora de derechos fundamentales que requieren de rápido remedio y certeza jurídica. En efecto, con 13.430 sentencias por semestre, resulta complejo –sino imposible– identificar las

⁸ En junio de 2019, la encuesta Activa Research, la sitúa en el quinto lugar de las instituciones que generan más desconfianza con un 71,4%. www.activaresearch.cl

⁹ Boletín 2809-07 ingresado el año 2007, encontrándose a la fecha del presente trabajo en discusión particular en Sala de la Cámara de Diputados, en primer trámite constitucional.

¹⁰ Artículo 20 de la Constitución Política.

¹¹ PJUD - DECS. Julio 2019.

tendencias jurisprudenciales y los criterios jurídicos que permitan entregar claridad a las personas en la protección de sus derechos, dado el nivel de atomización de los precedentes, de haberlos.

Pero lo anterior no solo constituye un análisis cuantitativo, en lo referente al volumen de causas que impide una verdadera tutela judicial efectiva en una instancia de revisión, cual es lo que actualmente realiza por la Corte Suprema. En esta línea, resulta particularmente vigente lo sostenido consistentemente por el profesor Nogueira respecto del órgano llamado a dar la última palabra en materia de interpretación constitucional, en lo relativo a la acción de protección o amparo. El académico sostiene de manera categórica lo siguiente¹²:

“Chile es el único país con Tribunal Constitucional de América del Sur, al cual no se le otorga competencia en materia de amparo de derechos humanos o fundamentales, debilitando la fuerza normativa de la Constitución en materia de derechos esenciales y su interpretación unificadora, no existiendo un parámetro único y seguro en la aplicación de los derechos”.

Así, Chile constituye verdaderamente una *rara avis* dentro del contexto de los países que cuentan con Recurso de Amparo o Protección. Desde el punto de vista de la tutela efectiva de los derechos, las Cortes de Apelaciones parecieran estar cumpliendo su rol protector de derechos constitucionales, avocándose y conociendo de los casos debidamente, adoptando las medidas que restablezcan el imperio del Derecho y la protección del afectado. Pero la revisión masiva, genérica, casi industrializada, por medio de un recurso de apelación que conoce la Corte Suprema (con escasísima y excepcional ocurrencia de alegatos) de lo ya resuelto por el tribunal *a quo* que ha tenido conocimiento cercano de los hechos que motivan la acción de protección, no pareciera ser el óptimo en diseño institucional procesal para un recurso que tiene por objeto tutelar derechos fundamentales de manera cautelar.

En este escenario, la sugerencia del profesor Nogueira parece sensata, sin perjuicio que el rol de una eventual segunda instancia en acciones de este tipo no podría tener como objetivo volver a revisar lo mismo que ya sentenció una Corte de Apelaciones, con los antecedentes allegados a su estrado, de primera mano. Surge así, la posibilidad de que se trate más bien de la necesidad de determinar el sentido y alcance uniforme de la interpretación en la aplicación de esta acción procesal –en particular de los derechos constitucionales mismos– mediante una acción de unificación, en el caso que existan criterios dispares para casos equivalentes entre diferentes Cortes de Apelaciones, tal como sucede en materia laboral.

¹² Nogueira, Humberto. *Ius et Praxis* v.8 n.2 Talca 2002 LAS COMPETENCIAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE AMÉRICA DEL SUR.

Por esa razón, es que el llamado natural e institucionalmente a realizar esta labor en una democracia constitucional es, precisamente, el Tribunal Constitucional –tal como apunta el profesor Nogueira– y como en los países que cuentan con esta acción junto con una Corte especializada en materia de control de constitucionalidad, tanto en Latinoamérica como España o Alemania, labor que el Tribunal Constitucional de Chile por lo demás ya cumple indirectamente por medio del recurso de inaplicabilidad.

Con todo, los Tribunales Constitucionales no fueron creados para cumplir el rol de impartir justicia en serie, o de manera masiva. Por el contrario, en el centenar de países donde existe una Corte Constitucional especializada, esta revisa sólo lo estrictamente necesario para producir un bien público esencial: certeza jurídica constitucional. Para ello, el insumo no puede ser infinito, dado los rendimientos decrecientes que traería reproducir los mismos problemas de inflación recursiva –ya existente en la Corte Suprema– en el Tribunal Constitucional. Así, el modelo de unificación de jurisprudencia constitucional en lo referente al recurso de protección entregada a una Magistratura Constitucional, debiera contar con algún mecanismo de *Certiorari*¹³, existente en países anglosajones, de modo que el Tribunal Constitucional pudiera seleccionar qué casos conocer, allí donde sea estrictamente indispensable su intervención con el objeto de armonizar las interpretaciones constitucionales en materia de protección existentes entre diferentes Cortes de Apelaciones.

De paso, quedaría solucionada la aparente disputa entre Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales, en lo relativo a la revisión judicial constitucional.

¹³ En términos generales, se entiende como Auto mediante el cual el Tribunal superior solicita del inferior le remita una causa para determinar si han existido irregularidades en el procedimiento. Comúnmente, se utiliza como sinónimo de la facultad del Tribunal a cargo de la revisión judicial de seleccionar los casos que va a conocer dentro de un período con el objeto de zanjar una disputa entre tribunales inferiores respecto de la interpretación de una ley o de la Constitución.

4. EXPERIENCIAS CON EL AMPARO CONSTITUCIONAL: VENTAJAS Y DESVENTAJAS

José Manuel Díaz de Valdés Juliá¹

I. Introducción

En esta ponencia, me gustaría desarrollar brevemente tres tesis principales. La primera es que bajo el rótulo de “amparo constitucional”, es posible encontrar una gran variedad de situaciones. Por lo mismo, las ventajas y desventajas de esta institución –título de este panel– se encuentran íntimamente ligadas a las características particulares del amparo constitucional del que estemos hablando.

La segunda hipótesis, es que parte importante de las críticas e insatisfacciones asociadas a nuestro actual Recurso de Protección, emanan de una general incomprensión respecto a dos elementos fundamentales: i) su carácter cautelar y ii) las profundas transformaciones exigidas por la litigación sobre derechos fundamentales.

La tercera hipótesis es que el Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad ha venido, en los hechos, a complementar la defensa de los derechos fundamentales ofrecida por el Recurso de Protección.

Terminaremos con las conclusiones correspondientes.

II. Primera tesis: variaciones de Amparos Constitucionales y diversidad de ventajas y desventajas²

Comencemos señalando que, para efectos de esta ponencia, utilizaremos la noción de Amparo Constitucional en un sentido amplio. Así, parafraseando el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se trataría de cualquier acción o recurso ante tribunales, ordinarios o especiales, que permita garantizar y proteger la titularidad y el ejercicio de derechos fundamentales³.

¹ Doctor en Derecho, Universidad de Oxford. Magíster en Derecho, Universidades de Harvard, Cambridge y PUC. Director del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo.

² Véase FERRER (2008); NOGUEIRA (2010); FIGUERUELO (2011).

³ En Chile son más comunes las definiciones del Recurso de Protección, e.g., MOSQUERA (2014) p. 411; RÍOS (1993), p. 905.

Si bien esta institución se ha expandido, tanto en los derechos protegidos, como en las jurisdicciones que lo reconocen, existen diferencias importantes entre las modalidades que presenta en diversos países.

Sin intentar ser exhaustivo, consideremos aquí sólo tres preguntas y algunas consecuencias inmediatas que se siguen de ellas:

1. ¿Quién crea el Amparo Constitucional?

Existente diversas alternativas: puede ser la Constitución, el legislador, la jurisprudencia o incluso el derecho supranacional o internacional.

Ahora bien, de la definición de este factor se siguen importantes y diversas consecuencias. Así, por ejemplo, si lo crea el legislador, queda sujeto a actuales y futuras limitaciones y excepciones impuestas por el mismo legislador. En contraste, esto no ocurriría si el amparo es de creación constitucional.

Respecto a los amparos supranacionales, sus dificultades son conocidas, tanto a nivel doméstico —donde los tratados internacionales difícilmente se consideran suficientes para crear una nueva acción procedimental en el ámbito interno—, como a nivel supranacional, donde existe abundante doctrina sobre las dificultades propias de tal jurisdicción (falta de *accountability* democrática, “lejanía” sociológica, alto costo de litigación, necesidad o exceso del “margen de apreciación”, etc.)⁴.

2. ¿Contra quién puede dirigirse el Amparo Constitucional?

Estas acciones normalmente se pueden entablar, como mínimo, en contra la Administración del Estado. Adicionalmente, existen alternativas complementarias muy relevantes: ¿Contra el legislador?; ¿Contra los jueces?; ¿Contra otros particulares?

Este elemento es absolutamente crucial. Por ejemplo, si se acepta el amparo constitucional en contra particulares, nos encontramos frente a una aplicación directa del efecto horizontal de los derechos fundamentales, con todo lo que ello conlleva (conflictos entre derechos, etc.). Esto es otra forma de litigación, como veremos más adelante.

Por otra parte, si el amparo constitucional se puede deducir en contra resoluciones judiciales, nos arriesgamos a convertirlo en una suerte de instancia adicional, con los subsecuentes problemas

⁴ Véase SAGÜES (2003), quien ejemplifica esta dificultad con casos de Perú y Argentina.

de “atochamiento” (como se observa en las experiencias de España y Colombia⁵), e incluso de afectación de la autonomía de los Tribunales Ordinarios de Justicia⁶.

A su vez, si se permite deducirlo contra el legislador, nos adentramos en la quintaesencia de la justicia constitucional tradicional o kelseniana, propia de los tribunales constitucionales. Cobra entonces importancia quién conoce del amparo, cuestión que veremos a continuación.

3. ¿Quién conoce del Amparo?

En términos generales, podemos distinguir sistemas en que el amparo se presenta ante jueces de primera instancia, ante instancias superiores (Chile), o ante la judicatura constitucional especializada.

Algunos ejemplos de las consecuencias de esta opción son que normalmente los jueces de primera instancia pueden ser más cautos, o mostrar menor formación, para lidiar con cuestiones de derechos fundamentales, crítica frecuentemente escuchada en Chile⁷. A su vez, el conocimiento de estas acciones por Tribunales Constitucionales asegura especialidad y conocimiento, pero no necesariamente celeridad.

En conclusión, cada opción que tomamos al diseñar un amparo constitucional presenta diversas ventajas y desventajas asociadas, por lo mismo, más que hablar de ventajas y desventajas generales y abstractas, debe mirarse cada amparo en concreto.

III. Segunda hipótesis: incomprensión del Recurso de Protección

Señalábamos que nos concentraríamos en dos incomprensiones principales: su carácter cautelar y las profundas transformaciones exigidas por la litigación sobre derechos fundamentales.

1. El carácter cautelar del Recurso de Protección

La naturaleza cautelar del Recurso de Protección define su objeto principal: proteger derechos fundamentales con rapidez, normalmente manteniendo el *statu quo*. Este propósito debe servir de criterio ordenador del recurso, y del mismo modo, moderar las expectativas existentes.

Es cierto que existe una crítica extendida a la falta de profundidad doctrinaria de los fallos de protección. En ellos, rara vez nos encontramos con reflexiones profundas sobre los conflictos a

⁵ Véase GARRO (2006) y FIGUERUELO (2011) para el caso de España y CALDERÓN, PULIDO Y JARA (2015) para el caso de Colombia. En Chile, véase SOTO (1982) pp. 350-352.

⁶ CALDERÓN, PULIDO y JARA (2015).

⁷ NOGUEIRA (2010); LARROCAU (2019); SALAS (2018); LETURIA (2018).

resolver, o creaciones dogmáticas acerca del contenido de los derechos afectados, o acerca de sus límites, o sobre cómo resolver conflictos entre ellos. Tampoco el diseño de “test” o estándares que otorguen orientación a los diversos actores jurídicos, como en el mundo anglosajón.

Sin embargo, parece injusto exigir tal nivel de reflexión y creación jurisdiccional a acciones cuyo propósito inmediato es la pronta solución del problema urgente de derechos fundamentales que se ha presentado al tribunal. No es la sede ideal para la reflexión pausada, sino por el contrario, es la sede pragmática que otorga protección con rapidez.

Desde una perspectiva complementaria, la velocidad que exigimos al recurso de protección, así como el volumen de causas⁸, son incompatibles con la labor de profunda y alta reflexión dogmática a que algunos aspiramos.

En conclusión, debemos comprender que el recurso de protección se debe a su objeto: protección eficaz de derechos fundamentales y no alta reflexión jurídica. Se dirá que ambos no son incompatibles. En teoría no, pero en la práctica me parece que sí, salvo las honrosas excepciones que siempre pueden existir.

2. Las profundas transformaciones exigidas por la litigación sobre derechos fundamentales

La litigación sobre derechos fundamentales es muy diferente a la litigación tradicional (civil, penal, etc.)⁹. Siendo extremadamente sintético, esta litigación se fundamenta en normas de gran abstracción, que requieren intensa interpretación, cuyo resultado puede diferir notablemente entre: i) sistemas jurídicos; ii) jueces dentro del mismo sistema jurídico; iii) sentenciadores y la opinión pública; iv) sentenciadores y los legisladores, etc. En síntesis, se trata de una litigación que exige mucho más del juez, y que lo expone a la crítica.

Consecuencia de ello es que se haya cuestionado constantemente la capacidad de los tribunales para decidir casos de derechos fundamentales, así como también su legitimidad para hacerlo¹⁰.

Ahora bien, el Recurso de Protección es nuestra principal acción judicial de garantía de derechos fundamentales. Aquella, según el profesor Larroucau¹¹, ha transitado por tres etapas marcadas. En la primera, se habría dirigido contra actos administrativos en cuanto verdadero contencioso administrativo. En la segunda, se habrían masificado las protecciones en contra de actos particulares.

⁸ Entre los años 2008 y 2018, ingresaron 226.237 apelaciones de Recursos de Protección a la Corte Suprema, siendo falladas 222.688. Véase <<https://www.pjud.cl/cuadro-resumen-estadisticas-anales-del-poder-judicial-ano-2007-a-2015>> [Disponible 4/10/2019].

⁹ MCCRUDDEN (2014); SADURSKI (2008).

¹⁰ MCCRUDDEN (2014).

¹¹ LARROUCAU (2019) p. 251.

En la tercera, se habría reclamado una jurisdicción universal. Si bien no estoy de acuerdo con la existencia de esta última época, quiero retomar lo afirmado respecto de la segunda etapa.

Si la litigación sobre derechos fundamentales es de suyo compleja para las cortes, no cabe duda que la litigación sobre conflictos de derechos fundamentales (común en Recursos de Protección contra particulares) lo es mucho más. No se trata sólo de que su naturaleza y forma de resolución diste sustancialmente de la tradicional, sino que, en Chile, no contamos con sistemas claros de resolución de conflictos entre derechos¹². Aparte de la existencia de tesis conflictualistas y anticonflictualistas (i.e., los conflictos como aparentes y no reales, lo que en ocasiones oscurece aún más la discusión), ni la jurisprudencia ni la doctrina han desarrollado test o criterios claros de solución que se apliquen uniformemente. Tampoco lo ha hecho el legislador, quien además ha cometido errores importantes en la materia, por ejemplo en la “Ley Zamudio”¹³ y en la “Ley de Inclusión”¹⁴. En la primera, al ubicar todo derecho fundamental por sobre la no discriminación, y en la segunda, al situar a la no discriminación sobre la libertad de enseñanza. En ambos casos, el legislador se arrogó la creación de una jerarquía entre derechos constitucionales no reconocida –ni tolerada– por la Carta.

En dos palabras: no sabemos todavía cómo lidiar con estos conflictos, y por el momento, se los entregamos a las cortes que conocen del Recurso de Protección. No sorprende, por tanto, que los resultados no sean todo lo satisfactorio que quisiéramos.

Finalmente, cabe preguntarse si esta situación procesal es la óptima. En otras palabras, ¿Puede una acción cautelar servir para resolver los problemas planteados por la horizontalidad de los derechos y los conflictos entre derechos fundamentales¹⁵? Me parece que no siempre será así. He aquí algunos ejemplos de porqué sostengo esto:

- i. La acción cautelar requiere *fumus boni juris* o humo de buen derecho. Pero nótese que en los conflictos de derechos, justamente el problema es que dos partes opuestas invocan el mismo humo de buen derecho.
- ii. Otro ejemplo dice relación con la prueba. La urgencia de una acción cautelar impide una mayor detención en la rendición y examen de la prueba. Los conflictos de derechos, sin embargo, son altamente contextuales. Requieren la consideración de situaciones concretas que en algunas ocasiones exigen intensidad probatoria, cuestión antinómica con acciones plenamente cautelares.

¹² Véase BELTERSEN (2010); ALDUNATE (2009), pp. 269 y ss.

¹³ Ley N° 20.609, que Establece Medidas contra la Discriminación (Diario Oficial, 24/7/2012).

¹⁴ Ley N° 20.845, De Inclusión Escolar que Regula la Admisión de los y las Estudiantes, Elimina el Financiamiento Compartido y Prohíbe el Lucro en Establecimientos Educativos que Reciben Aportes del Estado (Diario Oficial, 8/6/2015).

¹⁵ LETURIA (2018).

- iii. La acción cautelar supone urgencia, ya que existe un peligro inminente que exige intervención inmediata de los tribunales (*periculum in mora*). Como ya mencionamos, esto condiciona su rápida tramitación y resolución, lo que conspira en contra del desarrollo de riqueza dogmática, criterios generales, estándares o test, etc. Esto es particularmente grave cuando el conflicto es entre derechos fundamentales, los que insistimos, exigen consideraciones contextuales, y por lo mismo, requieren una paciente construcción de criterios generalizables que nos permitan prever posibles resultados en otras situaciones similares.
- iv. Debemos también considerar que los conflictos entre derechos fundamentales normalmente se resuelven recurriendo a complejas herramientas, tales como la proporcionalidad. Adicionalmente, se hace necesario recurrir a un razonamiento bastante más normativo, y menos descriptivo o incluso analítico. Nuevamente, la naturaleza *express* de la acción cautelar previene o dificulta todo esto.

IV. Tercera hipótesis: la inaplicabilidad complementa la defensa de los derechos fundamentales ofrecida por el Recurso de Protección

El Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad ha sido una especie de híbrido difícil de definir, no tanto a nivel teórico, sino por su operatividad en la práctica¹⁶. En efecto, nos encontramos frente a un recurso cada vez más flexible o dúctil para afrontar diversos problemas, lo que a su vez ha resultado en el gran incremento de causas de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional.

Las críticas abundan. Permítanme mencionar sólo tres:

- i. No sabemos exactamente qué tan “concreto” puede ser el análisis constitucional y qué tan incompatible o complementario puede ser con el análisis meramente abstracto del problema.
- ii. Ha producido “roces” o incomprensiones entre el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios a propósito, por ejemplo, del no cumplimiento estricto por estos últimos de los fallos del Tribunal, o de las suspensiones de procedimientos ante tribunales ordinarios ordenadas por aquel, tan presentes en la prensa reciente¹⁷.
- iii. Existe una línea que en muchas ocasiones es difusa, entre los problemas de constitucionalidad, los de legalidad y los de interpretación de una norma legal.

¹⁶ Véase SALAS (2018); COUSO y CODDOU (2008); FERNANDOIS (2007); GOMEZ (2013).

¹⁷ Tal vez la situación más mediática se produjo cuando el Tribunal Constitucional ordenó la suspensión de la causa contra el ex Comandante en jefe del Ejército de Chile, Humberto Oviedo, procesado por el delito de fraude al Fisco en la causa Rol N° 575-2014, instruida por la Ministra en Visita Extraordinaria de la Corte Marcial, doña Romy Rutherford Parentti. Debe también considerarse que, de 35 causas relativas a Derechos Humanos ingresadas al Tribunal Constitucional entre noviembre del 2015 y junio del 2018, 15 se encontraban suspendidas en los tribunales penales: <<https://www.latercera.com/nacional/noticia/tc-suspendida-la-tramitacion-15-causas-derechos-humanos/200573/>> [Disponible 4/10/2019].

Sin embargo, al igual que respecto al Recurso de Protección, nos parece útil adoptar una visión sistémica y constructiva. Según esta, la inaplicabilidad se utiliza cada vez más para buscar soluciones a problemas de afectación de derechos fundamentales que no cuentan con otra salida en nuestro sistema jurídico.

Encontramos aquí elementos de justicia material, pero matizados por una mayor comprensión de la judicatura constitucional de que en ciertas ocasiones la inaplicabilidad es la única herramienta eficaz para combatir una vulneración de derechos permitida en la ley, o incluso causada por la ley.

Veamos un par de ejemplos. En primer lugar, en numerosas ocasiones la jurisprudencia de protección ha entendido el requisito de ilegalidad del acto que causa vulneración de derecho en un sentido estricto, excluyendo la hipótesis de inconstitucionalidad directa. Si bien esto es parcialmente solucionable vía la otra causal de protección —esto es, la arbitrariedad del acto—, deja subsistente el problema que se produce cuando el acto vulneratorio efectivamente se fundamenta en una ley. En tales ocasiones, Protección no es una solución disponible para el afectado. Pero Inaplicabilidad sí lo es.

Un segundo ejemplo se produce cuando el texto de la ley presenta una ambigüedad, amplitud o falta de especificidad, que permite su utilización abusiva por parte de una autoridad. Nuevamente, la inaplicabilidad se presenta como una solución cuando probablemente no existe otra sede de impugnación.

Añadamos a los ejemplos anteriores un hecho habla por sí mismo: la inmensa mayoría de requerimientos de inaplicabilidad son precisamente por afectación de derechos constitucionales. Para eso se utiliza este recurso hoy en Chile, y no para hacer valer normas orgánicas.

En definitiva, me parece que sin negar y no obstante sus diversos problemas, la inaplicabilidad está respondiendo a una necesidad real de otorgar a los derechos fundamentales una defensa jurisdiccional complementaria a la del Recurso de Protección. Al respecto, los abultados números de las actuales inaplicabilidades, más allá de denotar la eventual existencia de un abuso procesal (muchas veces para ganar tiempo en razón de la suspensión de la gestión pendiente que otorga el Tribunal Constitucional), demuestran la utilidad y necesidad de esta vía judicial.

Ahora bien, a diferencia de la sede de Protección, en la Inaplicabilidad sí existe oportunidad de crear dogmática de derechos fundamentales, estableciendo los contenidos de estos derechos, límites reconocibles, estándares y test que otorguen orientación y previsibilidad, etc. En dos palabras; la doctrina judicial sobre derechos fundamentales se construye hoy mucho más en sede de Inaplicabilidad que en sede de Protección, lo que demuestra una vez más la importante complementariedad que realiza el primero hacia la labor del segundo.

Esto podría extrañar, ya que la inaplicabilidad es un control concreto, y por tanto, estrechamente vinculado al caso concreto. Pero justamente ese es el corazón del asunto: los problemas de

derechos fundamentales son contextuales¹⁸, y es en el medio de esa particularidad donde deben construirse contenidos y criterios generales. Solo así serán útiles. Y esa es la práctica común: piénsese en los tribunales supranacionales como la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

V. Conclusión

Quisiera concluir reiterando que la litigación sobre derechos fundamentales es cualitativamente distinta a la tradicional, y que nos obliga a la mayor de las flexibilidades en lo que a naturaleza y variedad de mecanismos procesales se refiere.

En la actualidad chilena, el Recurso de Protección está siendo complementado por el Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad. Ambos tienen problemas, algunos serios. Pero en la complementariedad de ambos encontramos una forma espontánea y efectiva de otorgar mejor y mayor protección a los derechos fundamentales. Por lo mismo, la valoración de esta complementariedad debe ser el punto de partida para su eventual reforma.

¹⁸ SADURSKI (2008), p. 153.



ANEXO

Juan José González Rivas, presidente del Tribunal Constitucional español: “Las críticas a los fallos del TC son positivas si se realizan desde un punto de vista jurídico”

Dice que la mayoría de las tensiones se pueden evitar “cuando se actúa desde el mutuo respeto a la labor jurisdiccional que llevan a cabo los tribunales de justicia”.

PAULO GONZÁLEZ

Entrevista al Presidente del Tribunal Constitucional de España, Juan José González Rivas, en el diario El Mercurio publicada el domingo 4 de agosto de 2019.

Uno de los más destacados juristas de España estuvo de visita en Chile. El presidente del Tribunal Constitucional (TC) español, Juan José González Rivas, visitó la magistratura chilena y expuso en el seminario “El tribunal constitucional como instancia de control del legislador”.

Antes de integrar el TC fue miembro de la Sala Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo durante 15 años y, previo a ello había sido magistrado del Gabinete Técnico del Alto Tribunal y presidente de la Sala Cuarta de la extinta Audiencia Territorial de Madrid.

El juez respondió algunas preguntas a “El Mercurio” por escrito.

—¿Cuál es la importancia de un tribunal constitucional dentro del ordenamiento jurídico de una nación?

—Que exista es fundamental por-

que desempeña y ejerce su misión principal, que es la de ser el supremo intérprete y guardián jurídico de la Carta Magna. Además, gracias a las sentencias que pronuncia, se han reforzado no solo las garantías de los derechos y libertades de los ciudadanos, sino también se ha fortalecido la organización del poder territorial de las autonomías basado en la descentralización territorial del Estado.

—¿Cómo ve el sistema constitucional chileno y su magistratura constitucional?

—Muy positiva, según se puede inferir del análisis de su Constitución y, en especial, del estudio del capítulo VIII relativo a dicho tribunal, así como de su preparación y competencia para el ejercicio de tan alta función.

—¿Qué características, personales y académicas, debe tener un buen magistrado de un tribu-

nal de esta naturaleza?

—En mi opinión, los magistrados que son nombrados para desempeñar su actividad jurisdiccional en el tribunal deben ser prudentes, leales y tener un sentido de servicio a la institución de la que forman parte. Asimismo, tienen que poseer una alta preparación científica y jurídica. En España, la Constitución exige que sean juristas de reconocida competencia con más de 15 años de ejercicio profesional, requisito que también se contiene en la Constitución de Chile.

—En el ejercicio del derecho, muchas veces surgen distintas interpretaciones de la Constitución. ¿Cómo se puede trabajar en unificar esos criterios y cómo se adapta un texto de larga data, como el constitucional, a la realidad actual?

—El Tribunal Constitucional de España, en tanto que es el intérprete supremo de la Constitución, actualiza constantemente sus preceptos para adaptarlos a la realidad social del tiempo en que deben ser aplicados. De esta manera, como he dejado dicho en una de sus más conocidas sentencias, la Constitución, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su relevancia y legitimidad. En este sentido, para que la Carta Magna evolucione y avance en el cumplimiento de los valores constitucionales superiores (la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político) es necesario que los ciudadanos y los poderes públicos actúen bajo el principio básico de la lealtad institucional.

—¿Cómo se superan o se evitan las tensiones que se producen en la relación del tribunal constitucional con las cortes superiores de justicia?

—La mayoría de las tensiones se pueden evitar cuando se actúa desde el mutuo respeto a la labor jurisdiccional que llevan a cabo los tribunales de justicia. Actualmente existen mecanismos de autorrestricción en sus respectivas competencias de supervisión de la constitucionalidad y de la legalidad, que hacen posible la existencia de un ambiente de serenidad y mutuo reconocimiento. Obviamente estas situaciones no están exentas de posibles tensiones debido a la complejidad de los asuntos que se examinan.

—En ocasiones, la relación de un tribunal constitucional con el Poder Legislativo no está exenta de fricciones. ¿Por qué se producen y cómo se deben abordar esas diferencias?

—En España, nuestro tribunal constitucional, en el ámbito de sus competencias, examina la constitucionalidad de las leyes en vía directa, pero dicha atribución no supone fricción con el Poder Legislativo, sino confirmación o, en su caso, revisión de la validez constitucional de las leyes recurridas.

—¿Cómo se enfrentan las críticas que apuntan a que en ocasiones los tribunales constitucionales están “legislando” con sus decisiones?

—Como indicó Hans Kelsen, el tribunal constitucional puede erigirse en un legislador negativo, pero no es esta su misión, sino la de fortalecer y garantizar los principios, valores, derechos fundamentales y libertades públicas que se insertan en la esencia del Estado democrático de Derecho y del Estado social, como Estado prestacional.

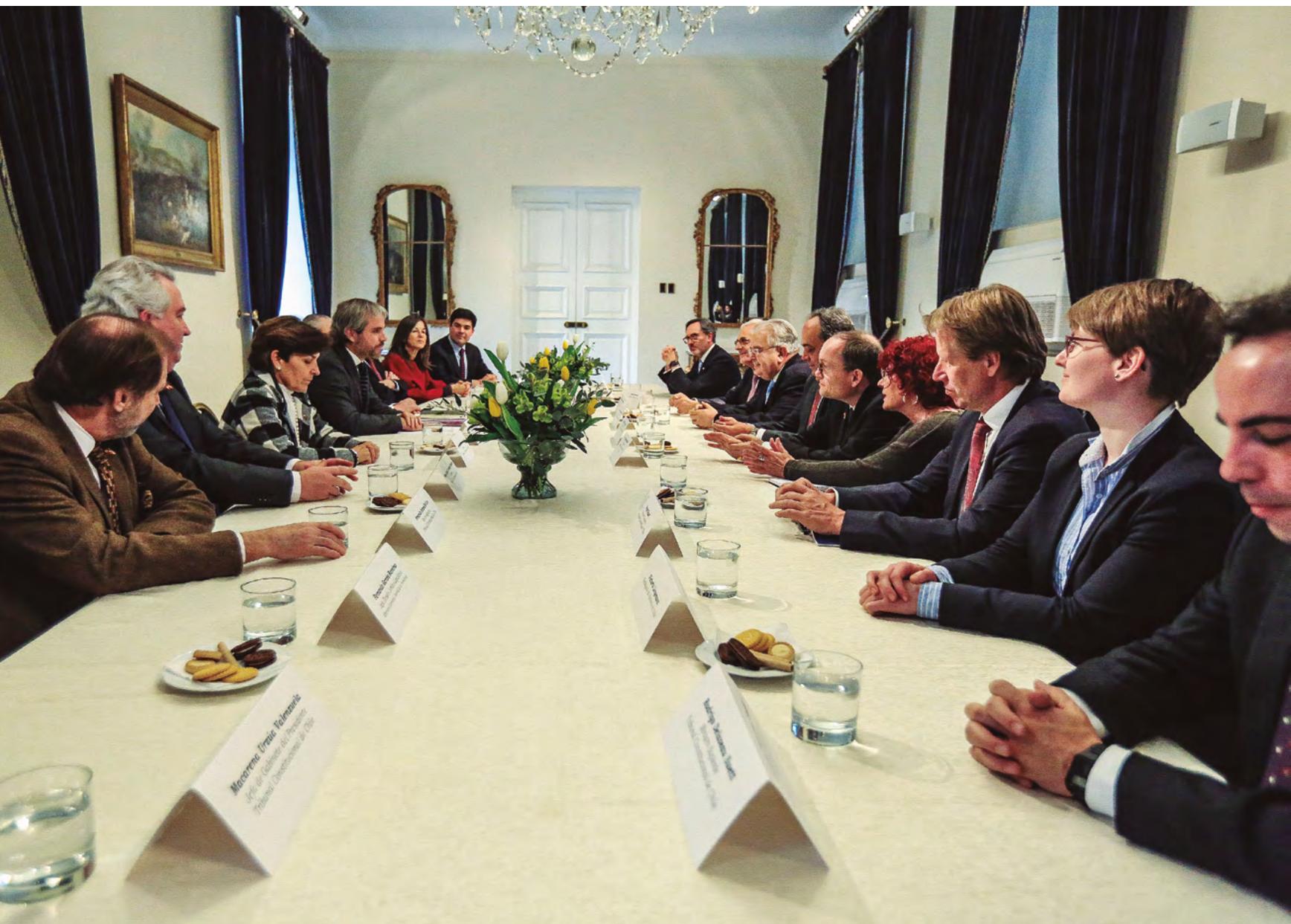
“En todo caso, las críticas a los fallos dictados por el tribunal constitucional son positivas si se realizan desde un punto de vista jurídico, para enriquecer el debate”.



El presidente del Tribunal Constitucional español, Juan José González Rivas.



Enrique Ojeda, embajador de España en Chile; Juan José González, Presidente del Tribunal Constitucional de España; Iván Aróstica, Presidente del Tribunal Constitucional de Chile; José Manuel Cerda, editor del libro “El Estado de Derecho en el Mundo Hispánico” durante su presentación.



Visita de los miembros de los Tribunales Constitucionales de Chile, Alemania y España al Palacio de La Moneda.



EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA · 2019

© Tribunal Constitucional de Chile

Edición: Tribunal Constitucional de Chile

Diseño y diagramación: versión productora gráfica SpA

Santiago de Chile, 2020



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

Teléfono (56) 22721 9200

Huérfanos N° 1234

Santiago Centro, Chile
