

# ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

---

Revista del Centro de Estudios Constitucionales



Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Centro de Estudios Constitucionales

---

**Dirección:** Québec 415 esquina Avda. Condell, Providencia, Santiago, Chile  
**Correo Electrónico:** [cecoch@utalca.cl](mailto:cecoch@utalca.cl) **Página Web:** [www.cecoch.cl](http://www.cecoch.cl)

**Estudios Constitucionales**  
**Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca.**

REPRESENTANTE LEGAL:

Dr. Álvaro Rojas Marín, Rector de la Universidad de Talca.

DIRECTOR:

Humberto Nogueira Alcalá. Doctor en Derecho.  
Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Talca.

SUBDIRECTOR:

Jorge Precht Pizarro. Doctor en Derecho.  
Profesor de Derecho Público, Universidad de Talca.

**Consejo Editorial Nacional**

Eduardo Aldunate L.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional.  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Raúl Bertelsen Repetto.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Vicerrector  
Universidad de Los Andes.

José Luis Cea Egaña.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Director del Magíster de  
Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Kamel Cazor Aliste.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho,  
Universidad Austral de Valdivia.

Miguel Angel Fernández.

Magíster en Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional de la  
Universidad de Los Andes, Pontificia Universidad Católica de Santiago y Universidad de Talca.

Emilio Pfeffer Urquiaga.

Profesor de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho Público de la  
Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

Lautaro Ríos Alvarez.

Doctor en Derecho. Profesor titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la  
Universidad de Valparaíso.

Jorge Tapia Valdés.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad de Derecho  
de la Universidad Arturo Prat, Iquique.

Francisco Zúñiga Urbina.

Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Central de Chile.

## Consejo Consultivo Internacional

Carlos Ayala Corao.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de las Facultades de Derecho de las Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela.

Eduardo Cifuentes Muñoz.

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Los Andes, Santafé de Bogotá.  
Ex Magistrado y Presidente de la Corte Constitucional de Colombia.

Jorge Carpizzo.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.

Francisco Eguiguren Praeli.

Profesor de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho de la Universidad Católica de Lima, Perú.

Francisco Fernández Segado.

Doctor en Derecho, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Director de la Revista Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España.

Carmen María Gutiérrez de Colmenares.

Profesora de Derecho Constitucional, Universidad Rafael Landívar de Ciudad de Guatemala y ex Magistrada de la Corte Constitucional de Guatemala.

Luca Mezzetti.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Bologna y Udine, Italia.

Pablo Pérez Trems.

Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III, Madrid, España. Director de la Revista Electrónica Foro Constitucional Iberoamericano, Universidad Carlos III, Madrid, España.

Néstor Pedro Sagüés.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de las Facultades de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y Católica de Rosario, Argentina.

Secretaría

María Soledad Ramírez Ramírez

Diseño Gráfico

Marcela Albornoz Dachelet

Revisión de Textos

María Cecilia Tapia Castro

Impresión

Impresora Contacto - Talca

Correo electrónico [cecoch@utalca.cl](mailto:cecoch@utalca.cl)

# CONTROL CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDAD: RECURSO DE INAPLICABILIDAD Y CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Francisco Zúñiga Urbina (\*)

## RESUMEN

En el presente artículo se analiza al proyecto de reforma constitucional en actual trámite en el Senado, sobre el traspaso del actual recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad contenido en el artículo 80 de la Constitución como una nueva competencia del Tribunal Constitucional, aproximándose a una cuestión de constitucionalidad, lo que es analizado desde una aproximación prospectiva y de *constitutione ferenda*.

Derecho Procesal Constitucional. Jurisdicción Constitucional. Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Cuestión de inconstitucionalidad y Tribunal Constitucional.

## I. INTRODUCCIÓN

El análisis de la reforma constitucional en trámite en el Senado por la cual se elimina la competencia de la Corte Suprema para conocer del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y su traspaso como cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional requiere una aproximación prospectiva y de *constitutione ferenda*.

---

(\*) Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Central. Miembro del Consejo Académico Consultivo Nacional del Centro de Estudios Constitucionales.

Ponencia presentada en Seminario Internacional: "Los Desafíos del Derecho Procesal Constitucional a inicios del Siglo XXI", Centro de Estudios Constitucionales de Chile, en panel: "El Traspaso de Recurso de Inaplicabilidad al Tribunal Constitucional: Simple Traspaso o establecimiento de la cuestión de inconstitucionalidad", 21-22 de julio, 2004.

Artículo recibido el 12 de agosto de 2004. Aceptado por el Comité Editorial el 1 de septiembre de 2004.

Correo electrónico: [zudogan@zdabogados.cl](mailto:zudogan@zdabogados.cl)

Una aproximación prospectiva porque resulta fútil referirnos al estado de la cuestión en materia de recurso de inaplicabilidad; instituto que resulta de todo punto de vista insatisfactorio y que no ha permitido transformar a la Corte Suprema en una Corte de Constitucionalidad que ejerza un efectivo control de constitucionalidad de la ley. Por lo demás, en nuestra doctrina existen innumerables trabajos sobre esta materia, bastando recordar en esta ocasión el libro de Raúl Bertelsen y la más reciente investigación de Gastón Gómez, entre otros<sup>1</sup>.

Además, hablamos de una aproximación de *constitutione ferenda*, ya que la concentración del control de constitucionalidad en el Tribunal Constitucional, derogándose el recurso de inaplicabilidad del artículo 80 de la Constitución, constituye un consenso constitucional que, como es obvio, no ha cristalizado aún en una reforma.

Desde este punto de vista, escribir sobre la materia puede constituir un aporte al debate y mejora del instituto propuesto.

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

Por último, el consenso constitucional que cristaliza en el artículo 82 N° 6 nuevo, en la materia que nos interesa presenta un conjunto de problemas que vamos a tener la oportunidad de exponer en los capítulos siguientes, primero a partir del debate habido en la Cámara Alta, segundo a partir de las críticas que Calamandrei formula a la cuestión de constitucionalidad y tercero por consideraciones doctrinales y prácticas que se formularán. Los problemas que presenta nuestra inaplicabilidad- cuestión de constitucionalidad derivan de la simbiosis de Judicaturas (Poder Judicial y Tribunal Constitucional), alcance de la cosa juzgada y efectos de la sentencia constitucional, y la inevitable contaminación política y de intereses de partes privadas, ya que este instituto de control concreto es una garantía de intereses subjetivos en el proceso *a quo* (Pérez Tremps)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Bertelsen R., Raúl. 1964. **Control de Constitucionalidad de la Ley**, Edit. Jurídica, Santiago. Del mismo autor: “Análisis y Revisión del recurso de inaplicabilidad (modelo y jurisprudencia)” en V.V. A.A.: 1999, **La Jurisdicción Constitucional Chilena ante la Reforma**, UDP, Stgo., pp. 157-179. También Gómez B., Gastón 2003. “La jurisdicción constitutiva: funcionamiento de la acción o recurso de inaplicabilidad. Crónica de un fracaso”, en Foro Constitucional Iberoamericano N° 3, revista electrónica, U. Carlos III, Madrid. Idem Francisco Zúñiga. 2002. **Elementos de Jurisdicción Constitucional**, Santiago. Edic. U. Central, 2 vol.

<sup>2</sup> Pérez Tremps, Pablo. 1985. **Tribunal Constitucional y Poder Judicial**, Edit. CEC, Madrid.

## II. APUNTES SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

En este apartado interesa recoger de modo sucinto y fragmentario el debate habido en el Senado acerca del recurso de inaplicabilidad, y de la cuestión de constitucionalidad; específicamente a través de mociones y proyectos, opiniones e informes<sup>3</sup>.

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

b) Incorporar el siguiente número 8°:

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

c) Incorporar el siguiente inciso final:

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

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

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

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

“d) Intercalar el siguiente inciso final:

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

“e) Incorporar el siguiente número 14°:

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

---

<sup>3</sup> Consultar documento “Reforma de la Constitución Política de la República de 1980”, Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, 2001; que recoge parte importante de la Reforma Constitucional en actual trámite en el Senado.

En la Comisión de Constitución del Senado, se recogieron informes y opiniones, por lo que resulta atinente reproducir algunas de ellas en su aspecto medular, a saber:

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

“En relación con sus proposiciones en materia de composición del Tribunal, recordó que hoy día está constituido por siete miembros; tres nombrados por la Corte Suprema, dos por el Consejo de Seguridad Nacional, uno por el Senado y uno por el Presidente de la República. En su anteproyecto, propuso que el número de miembros se eleve de siete a nueve. La justificación, dijo, está en que se propone encomendar al Tribunal Constitucional cuatro nuevas atribuciones, una de las cuales es de trascendental importancia y demandará mucho trabajo, cual es el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.(pág. 371) (...) “Luego, aludió al funcionamiento del Tribunal en pleno o dividido en salas. En pleno, dijo, funcionaría con siete miembros y dividido en salas, con cinco. La particularidad de esta sería que tanto el pleno como la sala deberían estar integrados por lo menos por un representante de cada uno de los designantes, es decir, uno de la Corte Suprema, otro del Senado, otro del Presidente de la República y, si se propone de la Cámara de Diputados, tendría que haber un representante de ella. En la sala, explicó, el Tribunal sólo conocería de los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que serían el mayor número. Todo el resto de las materias las conocería el pleno. En la sala funcionaría con cinco ministros y el quórum serían nueve, sugirió constitucionalizar el sistema de abogados integrantes. Hoy en día, expresó, la Ley Orgánica del Tribunal establece la posibilidad de nombrar cinco abogados integrantes que, de hecho, han sido designados y lo han integrado. Ello, sin embargo, advirtió, ha ocasionado algunas dudas doctrinarias acerca de si esto es constitucional, por eso propuso contemplar la institución de los abogados integrantes en la Constitución.” (p.374).

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

“En esto, expresó (Valenzuela Somarriva) estar consciente de discrepar completamente de la doctrina constitucional, porque todos los Tribunales Constitucionales establecen directamente la acción de inconstitucionalidad, pero prefirió ser más conservador en su proposición de reforma por dos motivos.

Primero, porque cree que las instituciones no deben tener cambios muy bruscos, aun cuando el recurso de inaplicabilidad efectivamente presenta varios problemas y no responde a ningún parámetro jurídico válido al llevar en su esencia la desigualdad ante la ley. Segundo, porque quienes integran este Tribunal son humanos y lo más grave que puede hacer un Ministro en un Tribunal de esta índole es dejar sin efecto una ley vigente que fue aprobada por los Poderes Ejecutivo y Legislativo, lo cual puede convertirse en algo irreversible.”

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

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

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

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

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

377) (...) “Enseguida, planteó algunas modificaciones referidas a los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional que tendrían que adecuarse a las nuevas atribuciones, esto es, la inaplicabilidad que deja sin efecto el precepto sólo para el caso específico y la inconstitucionalidad, que tiene efecto general.” (p. 378).

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

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

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

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

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

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

“Aludió, en primer término, a la declaración de la inaplicabilidad de todo precepto legal contrario a la Constitución. Estuvo de acuerdo la Corte en que se dote al Tribunal Constitucional de una acción que le permita controlar represivamente la constitucionalidad de las leyes con efectos generales, erga omnes, que complemente su actual función preventiva en la materia, pero por referirse el recurso de inaplicabilidad creado ya para plantearlo a la aplicación de un precepto legal específicamente señalado a un caso determinado y preciso suscitado en el curso de una gestión seguida ante tribunales de justicia ordinaria y motivada por un conflicto entre partes, es decir, por tratarse de la solución de un caso concreto de

una posible inconstitucionalidad puntual surgida en el transcurso de un trámite judicial y no de un control en abstracto y de consecuencias generales de la constitucionalidad legal, fue de parecer que el recurso de inaplicabilidad existente, en la forma como se encuentra de las innovaciones adecuatorias que podrían formularse, como sería, por ejemplo, que después de tres fallos uniformes que acojan la inconstitucionalidad de un precepto legal, la Corte comunique el antecedente al Tribunal Constitucional para los efectos sancionatorios de carácter general que también deberían establecerse. La modificación constitucional a este respecto sería, en consecuencia, menor, más simple y de la misma efectividad que la insinuada, agregó.”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Indudablemente las opiniones variopintas dadas en la Comisión de Constitución y lo disímil del contenido de los informes, nos permite esbozar un cuadro de ideas acerca de la inaplicabilidad-cuestión de constitucionalidad, oscila entre el escila de la acción de inaplicabilidad tradicional sometida a la competencia del Tribunal Constitucional con un alambicado efecto personal de sus sentencias y una cosa

juzgada que no destruye el precepto legal inválido sino que lo declara inaplicable y el caribdis más “radical” de una acción de constitucionalidad con efecto personal *erga omnes* de su sentencia y una cosa juzgada que destruye o expulsa (legislador negativo) el precepto legal inválido del ordenamiento jurídico. Ciertamente están presentes en los informes y opiniones recogidas los caros principios de supremacía constitucional y constitucionalidad, como centro de gravedad del instituto de la inaplicabilidad-cuestión de constitucionalidad.

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

“Artículo 82. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

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

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

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

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

### III. CONTROL CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDAD

El control concreto de constitucionalidad existe ampliamente en Europa continental y también en América latina, coexistiendo o no con el control abstracto por vía de acción. El control concreto por vía de excepción es un examen de constitucionalidad de la ley en el momento en el que se aplica a un caso concreto, que usualmente cristaliza en la cuestión de constitucionalidad. En palabras de Rousseau “esta cuestión, se envía al Tribunal Constitucional y provoca la suspensión del proceso ordinario hasta que se produce la resolución del Tribunal Constitucional”. Tal control concreto concierne a la naturaleza de la decisión jurisdiccional y procedimiento utilizado en la decisión,

por lo que se distingue procedimiento concreto y procedimiento abstracto de control de constitucionalidad (Fromont)<sup>4</sup>.

De este modo en Europa continental el control concreto de constitucionalidad, en el caso de Austria con las reformas de 1929 y 1975, la cuestión de constitucionalidad se produce cuando el Tribunal Administrativo, el Tribunal Supremo de Justicia o una jurisdicción de apelación tienen dudas acerca de la legitimidad de la ley que deben aplicar o cuando cualquier tribunal duda sobre la conformidad del reglamento caso del cual estos tribunales deben suspender el procedimiento y dirigirse al Tribunal Constitucional. En España el control concreto de constitucionalidad se produce cuando un juez ordinario de oficio o instancia de parte, mediante un fallo de remisión irrecurrible, se dirige al Tribunal Constitucional de existir una “duda razonable” sobre la constitucionalidad de la ley<sup>5</sup>. En la República Federal de Alemania el art. 100 de su Ley Fundamental establece la cuestión de constitucionalidad que se plantea al Tribunal Constitucional, cuando el juez ordinario entienda que la ley aplicable a litigio sometido a su conocimiento, es contraria a la Constitución. Finalmente, en la Federación Rusa, cualquier tribunal podrá motivar la cuestión de la constitucionalidad de la ley ante el Tribunal Constitucional, quedando a salvo el derecho de las partes para alegar la excepción de inconstitucionalidad en el transcurso de un proceso judicial.

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

También en América latina se ha establecido el instituto de la cuestión de constitucionalidad, en ocasiones con rasgos peculiares. Así *verbi gratia* en Bolivia después de la reforma de 1994 se crea un Tribunal Constitucional, que a pesar de quedar instalado en 1999 tiene hoy gran importancia político institucional, que tiene competencia de control concreto en vía de recurso incidental o indirecto a partir de un conflicto ante tribunales ordinarios (arts. 116 y 119) y en los casos de Paraguay y Venezuela las salas constitucionales de la Corte Suprema conocen de peculiares cuestiones de constitucionalidad.

Ahora bien, en esta materia -el control concreto de constitucionalidad- cabe detenerse a continuación en las observaciones críticas que hace medio siglo formuló Piero Calamandrei, que refleja cierta desesperanza en el funcionamiento de las instituciones en la novel república italiana a la cual este procesalista e intelectual desde la resistencia tanto contribuyó a formar, al hoy clásico instituto de la cuestión de constitucionalidad; instituto que opera como excepción de legitimidad a petición de las partes en el proceso y de los jueces para ante la Corte Constitucional<sup>6</sup>. Las

<sup>4</sup> Rousseau, Dominique. 2002. **La Justicia Constitucional en Europa** (trad. I. Ortiz y estudio T. Freixes Sanjuán) Madrid, Edit CEPC, pp. 59-60. Idem Fromont, Michel. 1996. **La Justice Constitutionnell dans le monde**. Paris, Dalloz. También un texto ejemplar de Favoreu, L. 1994. **Los Tribunales Constitucionales** (trad. V. Villacampa), Barcelona, Edit. Ariel, 1ª ed. Idem para consultar legislación extranjera es útil consultar a González Rivas, Juan José. 2001. **Análisis de los Sistemas de Jurisdicción Constitucional**. Madrid, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

<sup>5</sup> Consultar STC 17/1981, de 1º de junio en que se recoge un análisis de la cuestión de constitucionalidad hispánica, en **Derecho Constitucional Aragón M. y Solozabal, Jj.** 1995. Madrid, Mc Graw-Hill, pp 102-103. También Francisco Rubio Llorente. 1993. **La Forma del Poder. (Estudios sobre la Constitución)**. Madrid, Edit. CEC, pp. 409-440.

<sup>6</sup> Las extensas citas de Piero Calamandrei corresponden a su opúsculo “Ilegitimidad Constitucional de las leyes en el Proceso Civil” recogido en 1976, **Derecho Procesal Civil. Estudios sobre el Proceso Civil**. (trad. S. Sentís M.) Buenos Aires, EJE, pp. 21-120. También es un clásico su opúsculo “Corte Constitucional y Autoridad Judicial” pp. 121-183, en el mismo volumen.

observaciones críticas de Calamandrei poseen a mi juicio, a pesar de cargar las tintas, plena actualidad, ya que apuntan al *quid* del control concreto de constitucionalidad, consistente en permitir que el derecho asimile la evolución de la sociedad en la medida que la apreciación o juicio de constitucionalidad se realiza en el momento en que la ley se aplica y no en el momento en que la ley es promulgada y entra en vigor, ofreciendo a las partes un medio de defensa formidable de sus derechos fundamentales<sup>7</sup>.

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

a) El juez *a quo* es el “portero” de la Corte Constitucional:

“Pero los problemas nacen porque, en el ordenamiento que está por entrar en vigor, se ha establecido que la Corte Constitucional no puede ser investida de la cuestión de ilegitimidad constitucional de una ley, más que cuando ésta haya sido planteada como prejudicial en un proceso en el que se tratase de aplicar esta ley a un caso concreto. Para llegar hasta la Corte Constitucional es necesario, pues, que la cuestión pase a través de la escala del juicio ordinario, esto es, que nazca como cuestión de aplicabilidad a un caso singular para poderse ampliar hasta convertirse en cuestión de validez en todo caso. Cuando surge ante el juez la duda de que la ley a aplicar sea ilegítima, el juicio sobre el caso particular se detiene, y la cuestión se deja a la Corte Constitucional a fin de que decida, en vía general, aquella duda; y sólo cuando la Corte Constitucional se haya pronunciado en vía general, el juicio particular que quedó en suspenso podrá reanudar su curso.”

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

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

“I. De todos los temibles abusos viene a la imaginación en primer término, como el más simple y el más natural, el de la facilidad con que los litigantes se servirán de la prejudicial de ilegitimidad constitucional como expediente al solo objeto de retardar el curso de la justicia: si ha de bastar plantear esta cuestión para que el juez deba suspender sin más el proceso en espera de que se pronuncie el Corte, no habrá juicio en el que una de las partes no se sienta tentada a recurrir a este

---

<sup>7</sup> Consultar acerca de la cuestión de constitucionalidad en Italia a Biscaretti di Ruffia, P. 1973. **Derecho Constitucional** (P. Lucas V.), Madrid. Edit. Tecnos S.A., 1ª ed. Además A Pizzorusso. 1984. **Lecciones de Derecho Constitucional**. (trad. J. Jiménez Campo) Edit. CEC, Madrid, 2º vol.

seguro artilugio para ganar tiempo, y la Corte Constitucional se encontrará en breve de tal manera aplastada por la afluencia de estas reclamaciones propuestas con finalidad meramente dilatoria, que el ritmo de su trabajo progresivamente deberá hacerse cada vez más lento, año tras año. Así, los causídicos, con una excepción de ilegitimidad constitucional lanzada al azar, tendrán (y no había necesidad de ello) el específico infalible para postergar la decisión de la causa en algún año.”

c) La exigencia de “no manifiesta falta de fundamento” de la cuestión de constitucionalidad:

“II. Para poner remedio a este inconveniente, se ha establecido que el juez, frente a la prejudicial de ilegitimidad constitucional planteada por una de las partes, pueda negarse a tomarla en consideración, cuando le parezca, *ictu oculi*, “manifiestamente infundada”; se piensa que de este modo el juez podrá impedir que la Corte quede sofocada bajo un cúmulo de cuestiones propuestas sin ningún fundamento serio y con el sólo objeto de retardar el proceso. Pero con este sistema se corre el riesgo de caer en el peligro opuesto: podrá ocurrir que el juez, sintiéndose no sólo custodio de la puerta de la Corte Constitucional, sino árbitro de no abrirla cuando a él así le plazca, se sienta llevado naturalmente, con objeto de que el proceso camine aceleradamente, a desvalorar, como manifiestamente infundadas, aun aquellas prejudiciales que en realidad merecerían ser llevadas al examen de la Corte constitucional. Y ocurrirá así que el paso obligatorio a través del proceso, en vez de servir para facilitar, filtrando las reclamaciones, el funcionamiento de la Corte, servirá en absoluto, rechazándolas al nacer, para impedirles ejercitar su oficio.”

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

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

e) Politización de la judicatura:

“IV. Peor será si el juez, para superar esta discordancia y ponerse en armonía con el sistema, cree poder dar a su examen preliminar un carácter de examen superficial (deliberación) de tipo político, que anticipe la valoración pedida a la Corte. Imagínese, por ejemplo, que el Parlamento dicte una ley para regular el derecho de huelga y que, en un juicio en el que esta ley vaya a ser aplicada, se plantee la cuestión de su inconciliabilidad con el art. 40 de la Constitución. Aquí, bajo la apariencia de una cuestión jurídica, existirá indudablemente la sustancia de una divergencia política; y el juez que se niegue a remitir a la Corte Constitucional la cuestión, considerándola “manifiestamente infundada”, habrá realizado así, aun sin darse cuenta de ello, una valoración política. De este modo, la política se insinuará fatalmente en los juicios; la cuestión será sofocada como manifiestamente infundada o bien será mirada con buenos ojos y acompañada con todos los honores hasta la Corte Constitucional, según las preferencias políticas del juez. Y no se quiere decir con ello que las preferencias políticas del juez puedan corresponder siempre con las predominantes ante la Corte constitucional; de manera que podrá ocurrir que en su decisión preliminar el juez actúe de manera diversa, en el sentido de rechazar inmediatamente la prejudicial o de abrirle el paso hacia la Corte, según las previsiones que haga acerca de los humores políticos predominantes en aquel momento en la Corte misma.”

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

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

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

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

La cuestión de constitucionalidad en Italia actualmente, sea motivada de oficio o a petición de parte, se traduce en un auto de remisión del juez *a quo*, el cual es recepcionado por el Presidente de la Corte Constitucional y le confiere publicidad, a fin de permitir la suspensión de la aplicación de las normas impugnadas. El auto de

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

#### IV. CONCLUSIONES

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

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

- a) La derogación del artículo 80 de la Constitución, que instituye la acción de inaplicabilidad, es reflejo de la precariedad o menesterosidad que esta garantía ha significado en materia de control de constitucionalidad de la ley.
- b) El instituto híbrido de inaplicabilidad-cuestión de constitucionalidad comprende los vicios de constitucionalidad de forma, fondo y debemos entender también de competencia, es decir, pone fin a la automutilación jurisprudencial que lastra la acción de inaplicabilidad; fijando un amplio abanico de vicios de legitimidad de preceptos legales. Además queda abierta la puerta para comprender en esta vía la inconstitucionalidad de leyes y la inconstitucionalidad sobrevinida de leyes preconstitucionales.
- c) La inaplicabilidad-cuestión de constitucionalidad puede ser planteada en todo litigio, conflicto o asunto (“gestión”) que se siga ante un “tribunal ordinario o especial”; y que permite con ello no sólo diversificar las hipótesis o vías a través de las cuales se acceda al Tribunal Constitucional sino que también este órgano devenga en un supremo guardián de la Constitución al ejercer un control concreto de constitucionalidad cuyas decisiones o sentencias obligan a todos los tribunales de la Nación que integran el Poder Judicial. Incluso más, podrían quedar comprendidos todos los tribunales del Estado.
- d) Finalmente, la reforma constitucional en trámite cierra el control de constitucionalidad: abstracto y concreto, preventivo y represivo, preceptivo y facultativo, estableciendo una concentración y monopolio del contencioso constitucional en el Tribunal Constitucional; poniendo fin a desviaciones jurisprudenciales y doctrinales que pretendían admitir un control difuso de constitucionalidad, que quebraba el principio de seguridad jurídica y el instituto de la casación. El Tribunal Constitucional es el órgano más idóneo por su *status* para conocer y resolver los conflictos constitucionales. Con ello habrá una “idea de Constitución”, del punto de vista hermenéutico que se impondrá

lentamente en la Judicatura y en los operadores del derecho. Asimismo, el control concreto de constitucionalidad sitúa al Tribunal Constitucional en una posición de preeminencia sobre los tribunales de la nación, sea por su jurisprudencia y doctrina jurisprudencial que conlleva una decisión de inaplicación con alcance y relevancia para la gestión en que se plantea de preceptos legales; sea además por que el Tribunal está llamado por esta vía indirecta a dar tutela extraordinaria a derechos fundamentales, cuando los “preceptos legales” se opongán a la parte dogmática de la Constitución.

- e) Para concluir el control concreto de constitucionalidad en esta sede de inaplicabilidad-cuestión de constitucionalidad permite que el derecho asimile la evolución de la sociedad, al admitir un control permanente y actual, que comprende también de modo indirecto la defensa permanente de los derechos fundamentales.

Asimismo, el consenso constitucional aquilatado en el Senado y recogido en la reforma constitucional en trámite presenta un amplio abanico de críticas, a saber:

- a) El constituyente opta por un instituto híbrido inaplicabilidad-cuestión de constitucionalidad, desestimando el texto contenido en el proyecto de reforma de la Concertación de Partidos por la Democracia, que tenía la virtud de separar inaplicabilidad (Nº8 nuevo) y cuestión de constitucionalidad (Nº 14 nuevo del artículo 82)
- b) La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en la inaplicabilidad-cuestión de constitucionalidad produce efectos personales relativos o “*inter partes*”, según la fórmula “en los casos particulares en que se interponga la acción de inaplicabilidad”.
- c) La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en inaplicabilidad-cuestión de constitucionalidad tiene efectos temporales *ex nunc* o *pro futuro*, es decir, es de naturaleza constitutiva y no declarativa; ya que el Tribunal queda facultado para ordenar “la suspensión del procedimiento”.
- d) Para superar el efecto personal *inter partes* de la sentencia recaída en inaplicabilidad-cuestión de constitucionalidad se establece que con “tres fallos uniformes, el Tribunal, por los dos tercios de sus miembros, en pleno, de oficio o a petición de partes, declarará la inconstitucionalidad del precepto legal respectivo, con efectos generales”. Asimismo, la acción puede ser impetrada de oficio por el tribunal o a petición de parte y la declaración de inconstitucionalidad de efecto personal *erga omnes* tendrá acción pública para requerir al Tribunal Constitucional. Este instituto híbrido por una parte establece un control concreto de constitucionalidad, pero sacrifica el principio de seguridad jurídica y el principio de igualdad constitucional, como ya se advirtió en el debate habido en el Senado sobre este punto.
- e) En efecto, la sentencia de inconstitucionalidad recaída en inaplicabilidad cuestión de constitucionalidad abre un paréntesis en relación a la ley impugnada, de funestas consecuencias para los destinatarios de la norma y para las relaciones jurídicas generadas al amparo de ésta. En el fondo, el instituto híbrido de inaplicabilidad-cuestión de constitucionalidad no sólo está quebrando los principios de la seguridad jurídica y de igualdad constitucional, sino que está

quebrando el concepto material de ley, todo en tensión dialéctica con el Estado de Derecho. En efecto el concepto material de ley es una exigencia constitucional, al menos en materia de derechos fundamentales clásicos, es decir generalidad, abstracción, certeza y obligatoriedad son características propias de la norma legal; que queda en suspenso frente a una sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional con cosa juzgada de inaplicación y efecto personal relativo o *inter partes*.

- f) Además, la estructura misma de la sentencia del Tribunal Constitucional: *ratio decidendi*, *obiter dicta* y *decisum* nos plantea en definitiva el problema del contenido de lo fallado por el Tribunal y que concierne a la legitimidad constitucional de la ley. Por tanto, articular fallos uniformes es una tarea hermenéutica de envergadura, más aún cuando en el control concreto de constitucionalidad se plantean diversas fuentes legales -normas *decisorea litis*- para resolver un litigio, conflicto o “gestión”.
- g) Finalmente, no está demás destacar como lo hace Calamandrei que el instituto híbrido de inaplicabilidad-cuestión de constitucionalidad plantea el problema de la contaminación del Tribunal Constitucional (salas y pleno) con intereses particulares, que pueden llevar a poner en tela de juicio su legitimidad. En efecto Calamandrei nos ofrece un catálogo de problemas o críticas, en gran medida válidas para este híbrido, a saber: merced la “simbiosis” de Judicaturas (Poder Judicial- Tribunal Constitucional), los litigantes abusarán de la puerta abierta que es la “gestión” o del “portero” que es el tribunal ordinario o especial, para vía prejudicial de ilegitimidad constitucional de “preceptos legales” y ganar un mecanismo dilatorio consistente con los intereses de parte. Además no se establece un resguardo procesal para el “portero” o para el Tribunal Constitucional, para que más allá del examen de admisibilidad formal pueda declarar *ictu oculi* la prejudicial como “manifiestamente infundada” a partir de criterios o reglas uniformes, y tal ausencia expone al Tribunal Constitucional a una sobrecarga de ingresos o “inflación de causas”, parecida pero guardando las distancias, a la sobrecarga de amparos en los tribunales de filiación europeo continental. Asimismo, la dualidad de Judicaturas para la inaplicabilidad-cuestión de constitucionalidad somete al “portero” (tribunal ordinario o especial) al peligro de infiltraciones políticas de la mano de litigios o gestiones ficticias en natural tensión con “jueces burócratas” (Cappelletti) o simplemente inclina a los “jueces burócratas” a un activismo en tensión con un Estado de Derecho y democracia republicana.

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

impregnada en la declaración de inconstitucionalidad puede lesionar severamente la legitimidad del órgano.

Así, finalmente el Tribunal Constitucional, gozando de una cierta preeminencia en los órdenes jurisdiccionales, se erige en un efectivo custodio de la Constitución concentrando las competencias del proceso constitucional por una parte, y orientando jurisprudencialmente a los tribunales superiores que integran el Poder Judicial en la guarda de la Constitución a través del proceso de amparo ordinario de derechos fundamentales. La “inaplicabilidad-cuestión de constitucionalidad” permitirá la “acción combinada de dos monopolios: el de administrar justicia a favor del Poder Judicial y el del control de constitucionalidad a favor del Tribunal Constitucional” (Pérez Royo), y por ende, salvar la sujeción al principio de legalidad de la Judicatura, permitiendo a los tribunales ordinarios y especiales, administrar justicia sobre la base de “normas inequívocamente constitucionales”<sup>8</sup>. En este carril el instituto de la cuestión de constitucionalidad adquiere su sentido, que no es la verificación de una “depuración abstracta” del ordenamiento, que compete al Legislador o el control abstracto que verifica el Tribunal Constitucional, sino suministrar un instrumento que: a) “resuelva la situación contradictoria” en que puede encontrarse el juez que debe obedecer a la ley y a la Constitución. La solución reside no en el reconocimiento de una facultad de inaplicación por parte del juez de la ley (facultad de la que sí dispone el Juez ante leyes preconstitucionales inconstitucionales) pues ello generaría en una situación de inseguridad jurídica, sino en el establecimiento de la obligación, *sponte sua* o a instancia de parte, de dicho juez (o tribunal) de plantear la cuestión de inconstitucionalidad; y b) “posibilite la oportunidad de una depuración dinámica”, esto es adaptada a las cambiantes condiciones sociales, del ordenamiento” (S.T.C. español 17/1981).

En suma, la cuestión de constitucionalidad es un “mecanismo de conexión entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional”, en la que el Tribunal Constitucional en vigor no se enfrenta directamente con el Legislador y a los órganos legitimados; sino que se enfrenta a un auto de remisión de un tribunal que debe estar fundado y justificar la relevancia del contencioso constitucional; gozando el Tribunal de un abanico de opciones frente a la materia: admisión, rechazo y declaración de inconstitucionalidad; operando fácticamente esta vía como un cuasi amparo, ya que se debate la “mayor parte de las veces” infracciones al principio de igualdad, derecho a la tutela judicial efectiva, derechos fundamentales y principios constitucionales<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Pérez Royo, Javier. 1999. **Curso de Derecho Constitucional**. Madrid, Ed. M. Pons, 6ª ed, p. 920. Idem Antonio Torres del Moral. 1998. **Principios de Derecho Constitucional español**, 4ª ed. Madrid, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho U. Complutense, pp. 805-809.

<sup>9</sup> Pérez Royo, J. 1988, **Tribunal Constitucional y separación de poderes**, Madrid, Edit. Tecnos, pp. 87-94.