

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: cecoh@utalca.cl **Página web:** www.cecoh.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 Ángel 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 Álvarez

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.

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Santafé de Bogotá, Colombia. Ex Presidente de la Corte Constitucional.
Ex Defensor del Pueblo 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

Víctor Concha Anabalón

Editado por

Librotecnia Editores

Correo electrónico cecoch@utalca.cl

TRASCENDENCIA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN LA FISONOMÍA Y LAS ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lautaro Ríos Álvarez *

RESUMEN

El artículo analiza la transferencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de competencia hasta ahora de la Corte Suprema de Justicia al Tribunal Constitucional, considerando sus implicancias en el sistema de control de constitucionalidad y las innovaciones que ello implica en nuestro ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVE

Derecho procesal constitucional, jurisdicción constitucional, juicio incidental de inconstitucionalidad. Competencias del Tribunal Constitucional

INTRODUCCION

Existe consenso –tanto en la doctrina como en la intención del Poder Constituyente derivado– de traspasar el conocimiento del llamado “Recurso de Inaplicabilidad” de la

* Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad de Valparaíso. Vicepresidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Miembro del Consejo Académico Consultivo Nacional del Centro de Estudios Constitucionales. estudios@entelchile.net. Recibido el 15 de abril de 2005 y aprobado el 15 de junio de 2005.

competencia de la Corte Suprema¹ a la esfera de atribuciones del Tribunal Constitucional (T.C.), lo que –a estas alturas– aparece ya como una reforma definitivamente consensuada.

Sin embargo, lo que a primera vista parecía ser sólo una transferencia interorgánica de atribuciones, a nuestro modesto entender, transforma y hace progresar substancialmente todo el sistema de control de constitucionalidad de la ley diseñado originalmente por la Carta de 1980. El significado de esta transformación pretende ser el motivo central del presente trabajo.

Desde el año 1988 veníamos exponiendo, a la luz de la doctrina, estas ideas que hoy, por fin, parecen encarnarse en la Reforma;² lo cual pone un toque de justificada alegría a estas reflexiones.

I. DE UNA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL MIXTA Y SEGMENTADA A OTRA PLENA Y UNITARIA RADICADA EN EL T.C.

1. La Constitución de 1980 –no obstante revivir³ el T.C. como un órgano constitucional supremo e independiente– mantuvo el conocimiento del recurso de inaplicabilidad entre las atribuciones de la Corte Suprema, generando así dos tipos de control de constitucionalidad de las leyes radicados en órganos diferentes. Por este carácter pudo calificarse este sistema como de jurisdicción mixta o compartida entre el T.C. y la Corte Suprema.

2. Pero, desde otro punto de vista, el T.C. quedó encargado del *control preventivo* de constitucionalidad de la ley, es decir, en la etapa anterior a su entrada en vigencia.⁴ Y la Corte Suprema mantuvo su tuición sobre el control *correctivo* –comúnmente denominado “represivo” o “remedial”– de los preceptos legales vigentes. Por esta segunda característica también pudo hablarse de una jurisdicción segmentada o dividida en las dos etapas señaladas; cada una de las cuales quedaba radicada en distintos órganos jurisdiccionales.

3. Sin embargo, lo que parecía ser sólo una “división del trabajo” entre dos órganos, encerraba una cuestión mucho más trascendente.

¹ Ver los arts. 80 de la C.P.R., 96 N° 1 del C.O.T. y el Auto Acordado de la Corte Suprema de 22-III-1932.

² Ver nuestros: “La Justicia Constitucional en Chile con referencias al Derecho Comparado”, Primer Seminario Latinoamericano de Justicia Constitucional, *Rev. de Derecho, Univ. Central*, año II, enero-junio/1988; y “El Principio de la Supremacía Constitucional y el Tribunal Constitucional”, Discurso Inaugural XX Jornadas Chilenas de Derecho Público, Edeval, Valparaíso, 1990.

³ El primer T.C. fue creado por Ley de Reforma Constitucional N° 17.284 de 1970 y existió desde su instalación en septiembre de 1971 hasta su disolución mediante el DL 1.119 de 10-XI-1973, a raíz del pronunciamiento militar del mismo año.

⁴ La excepción –que confirma la regla– es la acción de inconstitucionalidad de los D.F.L. que puede plantearse a contar de la fecha de su publicación en el Diario Oficial, porque antes de esa fecha los miembros del Congreso Nacional desconocen su texto toda vez que su elaboración corre a cargo del Gobierno: Art. 82 N° 3 e inciso 13, segunda oración, C.P.R.

Sin duda constituyó un avance significativo que un órgano, especialmente creado por la Constitución para velar por su supremacía, ejerciera el *control preventivo* de constitucionalidad de las leyes. Y es justo y conveniente que si la norma cuestionada no resistía ese control, no mereciera ingresar al ordenamiento jurídico. Lo cual continúa en vigencia.

Pero, en cambio, el control correctivo de los preceptos inconstitucionales, al quedar circunscrito al recurso de inaplicabilidad, permaneció herido de dos tipos de indignancia. En primer término, quedó atado a la contingencia de un caso concreto en el cual el vicio de la norma legal se planteara; y, por consiguiente, la respectiva sentencia sólo era susceptible de producir efectos *inter partes* y sólo respecto del caso que dio origen a la declaración de inaplicabilidad. Y, además, por la naturaleza propia de ésta, el precepto declarado inaplicable por su inconstitucionalidad, continuaba vigente y vinculante para todos los demás.

4. Un grave defecto del sistema era, pues, su carácter mixto y segmentado en dos órganos distintos, transgrediendo así el *principio de unidad jurisdiccional* que asegura la coherencia de los fallos que se dicten, cualidad propia de la unicidad y de la especialidad del órgano.

Pero su deficiencia más profunda consistía en permitir que, bajo el imperio de la Constitución, permanecieran incólumes todos los preceptos legales contrarios a aquélla, sin que el T.C. ni la Corte Suprema pudieran invalidarlos con efecto general o *erga omnes*.

5. La primera de las insuficiencias señaladas –con amplio respaldo en la doctrina y en la experiencia judicial– fue materia pacífica en el Proyecto de Reforma Constitucional en curso: se aprobó por ambas Cámaras la derogación del art. 80 que radicaba el recurso de inaplicabilidad en la Corte Suprema de Justicia; y, con un texto perfeccionado, dicha disposición fue trasladada, como N° 6, al art. 82 que contiene el ámbito de competencia del T.C.

La parte pertinente del texto final aprobado por el Senado dice así:

“Art. 82. Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 6° *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*”.⁵

⁵ Ver Segundo Informe de la Comisión respectiva del Senado, Bol. N°s 2.526-07 y 2.534-07, año 2003, pp. 254 y 276.

Por su parte, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, en su Segundo Informe,⁶ aprobó el siguiente texto de la misma atribución, pero más adecuado a la acción de que se trata:

“6° Declarar inaplicable un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, produzca efectos contrarios a la Constitución. El Tribunal conocerá estos asuntos en sala, la cual adoptará sus acuerdos por simple mayoría, pudiendo ordenar la suspensión del procedimiento”.

6. Sin entrar a distraernos en el análisis pormenorizado de dos textos de redacción diferente, pero cuyos propósitos esenciales aparecen concordantes, lo que nos interesa destacar es el cambio cualitativo que representa esta reforma en nuestro desarrollo jurídico institucional.

De un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, *compartido* entre dos órganos diferentes, progresamos a un control *concentrado* en un solo órgano supremo, lo que restablece el principio de *unidad de jurisdicción* en esta delicada materia y pone término a la indeseable *dualidad interpretativa*, anterior a la vigencia de la reforma, en virtud de las distintas visiones hermenéuticas con que ambos tribunales –la Corte Suprema y el T.C.– interpretaban la Carta Fundamental.

7. Pero el efecto final más esperado de esta reforma consiste en lograr una *certeza jurídica* confiable acerca del verdadero sentido de los preceptos de la Constitución, una clara orientación respecto de los criterios idóneos para interpretarlas y, en fin, la seguridad jurídica de la ciudadanía en las decisiones coherentes y convincentes de un Tribunal Constitucional que –junto con recibir esta nueva atribución– asume la responsabilidad de afrontarla con la eficiencia que garantiza su especialización en esta materia.

II. EL PROBLEMA DE LA SUBSISTENCIA DE LOS PRECEPTOS LEGALES DECLARADOS INAPLICABLES, NO OBSTANTE SU INCONSTITUCIONALIDAD

8. Para abordar este tema es preciso tener claras las diferencias existentes entre la *inaplicabilidad* de un precepto legal a un caso concreto y la *inconstitucionalidad* de ese mismo precepto sea en su etapa de gestación o durante su vigencia.

Una primera diferencia tiene raíz histórica, es decir, emana de la manera como se originan ambas formas de control. El conocimiento y decisión de la inaplicabilidad de una norma legal a un caso concreto nace en la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte Federal de los EE.UU.,⁷ la que declara que “*recae notablemente en la incumbencia*

⁶ Ver Segundo Informe de la referida Comisión, emitido el 18-V-2005, pp. 34-35.

⁷ Ver nuestro “El control difuso de la constitucionalidad de la ley en Chile y otros países de América”, en “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, N° 6, año 2002, p. 417, en *Revista de Derecho* de la P. Universidad Católica de Valparaíso, N° XXIII-2002, vol. II, y *Revista de Ciencias Sociales* N° 46, U. de Valparaíso, EDEVAL, 2001, p. 169.

y en los deberes del Poder Judicial manifestar en qué consiste la ley. Los que aplican el precepto a casos particulares, forzosamente deben exponer e interpretar ese precepto". El célebre fallo "Marbury vs. Madison", que estamos citando, señala más adelante que "Lo anterior radica en la esencia misma del ejercicio de la justicia. Si entonces los tribunales se basan en la Constitución y ésta es superior a cualquier disposición ordinaria de la legislatura, la Constitución, y no esa norma común, debe regir el caso al cual ambas se aplican". Esta facultad, por ser de la esencia de la función jurisdiccional, corresponde a todo juez; lo que da origen a lo que se denomina *control difuso* de constitucionalidad de la ley, sistema que es propio de los EE.UU. de Norteamérica, y de algunos países sudamericanos como la República Argentina.

9. La acción de inconstitucionalidad es la contrapartida europea del sistema anterior, que establece un órgano especializado –el Tribunal Constitucional– como el único provisto de competencia para declararla, por lo que el sistema se denomina de *control concentrado*. Este sistema se inicia en Europa con el T.C. austríaco creado en 1926, más de un siglo después que el sistema norteamericano adquiriera vigor con el *leader case* precipitado, que data de 1803.

Ahora bien, ambos sistemas presentan –además– diferencias de naturaleza, de legitimación activa, de procedimiento y de efectos jurídicos, entre otras de rango menor.

10. Respecto de su naturaleza, la inaplicabilidad cumple la función de impedir que la parte que la invoca en el *caso concreto* del que conoce un tribunal, se vea afectada por un precepto legal *cuya aplicación a ese caso particular* resulte evidentemente contraria a la Constitución y, especialmente, a los fines perseguidos por ésta. De allí que en este instituto procesal –además del juez y de las partes– comparecen *tres elementos* de cotejo necesarios para su decisión, a saber: la norma constitucional, el precepto legal cuya inaplicación se solicita y –lo más específicamente decisivo– el examen particular acerca de si, *en ese caso*, la aplicación del precepto cuestionado pudiera generar efectos opuestos a la finalidad implícita de aquélla.

Por su misma particularidad, es propio de la naturaleza de la inaplicabilidad, que su fallo estimatorio tenga *efectos jurídicos inter partes*, es decir, restringidos al caso examinado y resuelto y a quienes fueron partes en él, siguiendo la regla de toda sentencia judicial.⁸

11. En cambio, la acción de inconstitucionalidad tiene por objeto impedir el nacimiento de una norma contraria a la Constitución, en la etapa *preventiva* de control; o bien, expulsar del ordenamiento jurídico a aquellas normas legales vigentes cuya discordancia con la Constitución quede fundadamente establecida. En este proceso –a diferencia del anterior– sólo comparecen *dos elementos* de cotejo y decisión: La norma constitucional y el precepto legal cuestionado. Ambos elementos son entidades *abstractas*, aunque con distinto grado de abstracción y no tienen ni *deben tener referencia a ningún caso concreto*, a riesgo de perder la necesaria visión de generalidad de sus alcances.

⁸ Ver el art. 3º inciso 2º del Código Civil.

Por lo cual también es propio de la naturaleza de la declaración de inconstitucionalidad que ella tenga y deba tener efectos jurídicos generales o *erga omnes*.

12. La inaplicabilidad de una ley puede afectar a cualquiera persona que sea parte en el caso *sub lite*; de allí que esté legitimada para impetrarla quienquiera se encuentre en tales circunstancias en una causa en actual tramitación.

La inconstitucionalidad de una ley, en cambio, afecta a la coherencia del orden jurídico y a la nación entera que se rige por su Ley Fundamental. De allí que la legitimación activa para plantear la respectiva cuestión esté limitada a ciertos órganos que representan ese interés –generalmente los órganos legislativos o una proporción de sus miembros– otros órganos específicamente individualizados o un número considerable de ciudadanos.⁹

13. El procedimiento de la inaplicabilidad exige siempre el examen del *caso particular* –sin intervenir en los hechos y probanzas que son materia reservada a los jueces del fondo– y de la manera en que la *aplicación a ese caso* de la norma legal cuestionada, puede vulnerar la Constitución. De allí que, en la tramitación de este asunto, pueda pedirse y decretarse la suspensión del procedimiento de la causa en que incide mientras pende el pronunciamiento acerca de la inaplicabilidad y tenerse a la vista los antecedentes del caso.

El procedimiento de la inconstitucionalidad es más simple y más directo porque su objeto es un análisis teórico acerca de la compatibilidad o incompatibilidad de dos normas generales y abstractas, sin incidencia en ningún caso concreto.

14. Por todas estas diferencias puede advertirse que hay preceptos legales que pueden estar en perfecta consonancia con la Carta Fundamental y, no obstante ello, ser inaplicables a un caso particular, precisamente porque en la particularidad de ese caso, la aplicación de la norma legal objetada contraría los efectos previstos por la norma constitucional.

En la génesis de la Carta del 80, el entonces Presidente de la Corte Suprema y Presidente de la Subcomisión sobre el Poder Judicial, don José María Eyzaguirre Echeverría, a propósito de una disposición del Proyecto –que prescribía que “Después de tres fallos, en un mismo sentido, acogiendo el recurso, la inaplicabilidad producirá efectos generales”– hizo una referencia ejemplar a esta materia. Dijo lo siguiente:

“En la práctica, se ha visto que a veces la Corte Suprema falla un mismo punto de inaplicabilidad diez, veinte o treinta veces. El tribunal y la Sub Comisión, entonces, creen que hacerlo pronunciarse reiteradamente sobre la misma cuestión conduce a que las partes incurran en un gasto inútil y en pérdida de tiempo. Así ha ocurrido, por ejemplo, con un artículo de la Ordenanza General de Construcciones. Los presentes, quienes son todos abogados, sabrán que había un artículo que (en caso de expropiación) disponía el

⁹ En la Constitución peruana ese número es de 5.000. En la de Ecuador es de 1.000 ciudadanos.

*pago del avalúo fiscal o de un tanto por ciento más del avalúo y que la Corte Suprema declaró inconstitucional en virtud del antiguo texto del N° 10 del artículo 10 (de la Constitución de 1925). Después también hubo varios casos como, por ejemplo, el de la pequeña propiedad trabajada por su dueño o el de la casa habitada por su propietario, en los que han debido pronunciarse unas quince o veinte sentencias en cada caso, por lo menos, declarando la Corte Suprema la inaplicabilidad de una ley que contraviene los preceptos constitucionales”.*¹⁰

En la cita precedente, se dan dos ejemplos que pertenecen, el primero, al ámbito de la inconstitucionalidad, toda vez que la norma de la Ordenanza citada era opuesta a la Carta Fundamental *in abstracto*, bastando el simple cotejo de la norma constitucional con la legal para advertir su carácter contrario a la Constitución en términos generales. En cambio, el segundo ejemplo se refiere a la inaplicabilidad propiamente tal; puesto que las leyes expropiatorias que ordenaban el pago de la indemnización a plazo estaban perfectamente acordes con la Constitución vigente, cuyo artículo 10 N° 10, en lo pertinente, establecía que “El expropiado tendrá siempre derecho a indemnización *cuyo monto y condiciones de pago se determinarán equitativamente, etc.*”, y agregaba más adelante: “*La ley determinará las normas para fijar la indemnización, el tribunal que conozca de las reclamaciones sobre su monto, (...) la forma de extinguir esta obligación, etc.*”. De tal modo que una ley expropiatoria con pago a plazo estaba en concordancia con la Constitución. Sin embargo, no ocurría lo mismo *en el caso particular* de que el bien expropiado fuese una “pequeña propiedad rústica trabajada por su dueño” o “la vivienda habitada por su propietario”, quienes “no podrán ser expropiados sin previo pago de la indemnización”. Estas garantías, establecidas en la misma disposición constitucional, exigían la prueba del hecho en que se fundaba la facultad de exigir el pago previo de la indemnización; pero, una vez probado, requerían la declaración de inconstitucionalidad de la ley expropiatoria *para ese caso particular*. Es, entonces, perfectamente razonable que dicha declaración tenga efecto *inter partes* en el caso en que se pronuncia, quedando vigente el precepto legal por no ser, *en su generalidad*, opuesto a la Constitución.

15. Por otra parte, quien fue un destacado miembro de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución y el más autorizado y prolífico comentarista de ella, el Profesor don Alejandro Silva Bascañán, en su segundo *Tratado de Derecho Constitucional*, refiriéndose al recurso de inaplicabilidad, aborda el tema de la manera siguiente:

“No hay duda, por cierto, desde luego, de que un elemento esencial de la decisión habrá de incidir en el enfrentamiento del contenido dispositivo sustancial de la norma legal con el de los preceptos pertinentes de la Carta.

“La complejidad nace, entre tanto, en la determinación de si basta o no ese punto de vista.

¹⁰ Ver Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, Sesión N° 251, 19-X-76, p. 144. Ver también, sobre el mismo tema, el Acta de la Sesión N° 285, de 14-IV-77, pp. 942 y ss.

“En nuestra opinión, el aspecto que acabamos de puntualizar no precisa de modo completo el criterio que debe guiar a la Corte en el uso de la facultad, por cuanto la sustancia de la atribución no se reduce a lo puramente abstracto, sino que ha de ser proyectada al caso. En otras palabras, partiendo de una precisión sólida del contenido sustantivo de lo prescrito en la Constitución, la Corte debe avanzar y, con tal base, analizar luego si la conformidad o disconformidad del precepto legal con la Carta –deducida tan sólo de una simple confrontación teórica de ambas normativas– permanece al proyectarla en la situación específica en análisis.

“¿En qué se afirma nuestro parecer de que la tarea de la Corte, cuando se trata del art. 80, no es simplemente debatir y definir una conclusión abstracta?

“Proviene de la constatación de que, por seria y profunda que sea la gestación de un precepto legal, por firme y sólida que haya sido la reflexión de los órganos colegisladores, en cuyo análisis hayan procurado ponerse en el caso de todas las situaciones previsibles, la vastedad, densidad y variedad del ordenamiento jurídico, la complejidad de la conducta humana y la infinidad de las distintas expresiones de la actividad y propósitos de los integrantes de la sociedad política, hacen que, en el hecho, sea absolutamente imposible o casi imposible, para quienes redactan la ley, imaginar y tener en cuenta todas las proyecciones que pudieran derivarse del texto legal y abarcar y comprender consecuentemente en su dispositivo todos los casos particulares en los cuales el precepto vaya a hacerse efectivo.

“Es por eso que, llevado lo abstracto de la norma a lo concreto de su aplicación, ella puede ser constitucional o inconstitucional según las características de los problemas específicos que se presenten”.

Añade más adelante:

“Desconocer la densidad del problema jurídico y calificar la atribución de la Corte como de naturaleza estrictamente doctrinaria, de simple parangón entre la sustancia del precepto legal y la de la norma constitucional, es no percibir la diversidad de tarea del legislador y la del juez.

“Expresión de la realidad de que el problema que analizamos presenta los rasgos definitorios que venimos sosteniendo, lo pone de manifiesto constantemente el Tribunal Constitucional, cuando, por ejemplo, al examinar determinado proyecto de ley –precisamente en razón de que su deber no se limita a plantear y pronunciarse sobre cuestiones puramente doctrinarias sino representarse, hasta donde esté a su alcance, las características y modalidades concretas de los casos específicos que podrán surgir al aplicarse los preceptos de la ley en gestación–, acompaña también su pronunciamiento con entendidos, supuestos o reservas para advertir que en tales o cuales hipótesis o eventualidades el precepto será o no será constitucional”.¹¹

En otro trabajo anterior, el Profesor Silva Bascuñán había expresado: “...si la índole de la misión confiada a la Corte Suprema es análoga a la del Tribunal Constitucional en el resguardo de la supremacía constitucional frente a la actuación del legislador, el sentido y alcance de la tarea de uno y otro órgano revisten caracteres diferentes...

¹¹ Silva Bascuñán, Alejandro, ob. cit., tomo VIII, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 194-199.

“El Tribunal Constitucional, en efecto, al comparar la sustancia preceptiva de una ley con la de la Carta, debe efectuar una tarea de tipo puramente abstracto, general y predefinido, puesto que, siendo de diferente jerarquía el precepto legal y el constitucional, participan del rasgo común de ser reglas llamadas a regir en todas las situaciones particulares, concretas, específicas comprendidas en sus respectivos términos.

“Mientras tanto, la Corte Suprema, en el ejercicio de su facultad de declarar la inaplicabilidad, no puede limitarse a una apreciación basada sólo en comparar el contenido dispositivo de las normas pertinentes de la Carta con el de los preceptos legales vinculados al caso.

“Se impone, como requisito ineludible para pronunciar la declaración por la Corte Suprema, que ésta considere la situación de hecho en relación a la cual está analizando la posibilidad de ejercer su atribución”.

Y, más adelante, concluía: “Será, pues, en la doble premisa de la realidad fáctica y de estar ésta enmarcada en el precepto legal, que el Tribunal Supremo habrá de adentrarse a dilucidar acerca de si la aplicación de la ley al caso en examen representa una pugna con la superior normativa contenida en la Constitución”.¹²

16. Por todo lo anterior, estoy en desacuerdo con la doctrina de la Excma. Corte Suprema, expresada en numerosos fallos, que sostiene:

“2º Que, del tenor literal de la norma transcrita (art. 80 de la Constitución) resulta que la declaración de inaplicabilidad procede cuando el precepto a que ella se refiere es ‘contrario a la Constitución’. Ello quiere decir que la norma cuya inaplicabilidad se pretende, sea declarada para el caso particular; considerada en abstracto, pugna con las disposiciones de superior jerarquía contenida en la Carta Fundamental; en otras palabras, significa que el mandato, prohibición o permiso contenido en la norma cuestionada, contrasta en general con aquellos que se consagran en la Constitución, de manera que el precepto constitucional resulta incompatible con la norma impugnada ‘en sí’, y no sólo con la forma específica en que esta última pretende aplicarse en el caso concreto de que se trata.

*“3º Que, como puede deducirse de lo relacionado en la parte expositiva de esta sentencia, éste no es el caso en el asunto sub lite. En efecto, el recurrente no pretende sostener que el artículo 5º de la ley 18.377 sea de suyo contrario a la Carta Fundamental; afirma, más bien, que al intentar aplicárselo a él, en su situación específica, se produciría un resultado contrario al art. 19 Nº 24 de la Constitución Política de la República. Pero, obviamente, una consecuencia inconstitucional es la que casi siempre se sigue cada vez que se yerra en la aplicación concreta de una cierta disposición, lo cual no implica, en modo alguno, que esta última sea en sí inconstitucional”.*¹³

¹² Silva Bascuñán, Alejandro, “Efectos de la resolución de Constitucionalidad”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia U. Católica de Chile, vol. 15, 1988 N°s 2-3.

¹³ Ver fallo de inaplicabilidad “Fuenzalida Navarrete, Gastón”, de fecha 28-VIII-1998 en *Gaceta Jurídica* N° 218, agosto/98, pp. 83 y ss. Ver también en *R.D.J.*, t. 94, 2.5, p. 77; inaplicabilidad en “Ríos Arias”; en el mismo tomo “Sociedad Agrícola Covadonga”, 2.5 p. 83; en el tomo 93, 2.5, p. 157, “Banco Osorno”; tomo 92, 2.5, p. 83, “Compañía Minera Tamaya”, todos rechazados o declarados inadmisibles.

Esta doctrina no sólo confunde los presupuestos y fines del recurso de inaplicabilidad –que es de su competencia exclusiva– con los de la acción de inconstitucionalidad, que es de naturaleza distinta y persigue otra finalidad. La gravedad de esta doctrina consiste en coartar el conocimiento del recurso de inaplicabilidad en situaciones en que sería perfectamente procedente, imponiéndole al recurrente la carga jurídica de evidenciar la contradicción *in abstracto* de la norma impugnada con la Constitución, la que no es propia del recurso y que no le corresponde asumir ni demostrar; prescindiendo –en cambio– de lo esencial que es, precisamente, la particularidad del caso en que la inaplicabilidad se suscita y el examen de *cómo en ese caso*, y no en términos generales y abstractos, el espíritu, la finalidad o los efectos previstos en la norma constitucional pueden resultar vulnerados.

17. Es cierto que un recurso de inaplicabilidad puede abordar un problema de inconstitucionalidad general del precepto legal cuestionado. Es verdad que, *en ese evento*, la sentencia estimatoria del recurso, debido a su efecto *inter partes*, deja subsistente la ley inconstitucional y genera una situación de desigualdad entre el favorecido con la sentencia y quienes no fueron parte en el litigio respectivo.

Pero para subsanar un mal no puede incurrirse en una confusión entre dos instituciones distintas, al extremo de identificarlas, generando un remedio que puede resultar peor que la enfermedad. Lo correcto, en esta circunstancia, es instaurar directamente la acción de inconstitucionalidad.

III. EL CONTROL CORRECTIVO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES CON EFECTOS GENERALES

Pasemos a examinar ahora, con estos antecedentes, la manera como ambas Cámaras del Congreso Nacional se propusieron resolver el problema de la subsistencia de la norma legal declarada inaplicable y la virtual desigualdad jurídica que ella podría desencadenar; debate en el cual se originó el control correctivo de inconstitucionalidad con efecto general o *erga omnes*.

18. La reforma en el H. Senado.

El texto final del Proyecto de Reforma aprobado por el Senado, ratificando la propuesta del Segundo Informe de su Comisión de Constitución, añadió al N° 6° del art. 82 –ya transcrito– sobre la acción de inaplicabilidad, el siguiente inciso:

“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 relación con la legitimación activa para ejercitar cada una de estas acciones, el Proyecto del Senado dispone:

“En el caso del N° 6°, párrafo primero (inaplicabilidad), 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 6º, párrafo segundo”.*¹⁴

En el debate de la Comisión, que precedió al texto aprobado, sólo hubo tres intervenciones que advirtieron al carácter especial de la inaplicabilidad:

– El Senador Sr. Marcos Aburto (ex Presidente de la Corte Suprema), señaló que “Los efectos generales de un fallo del Tribunal Constitucional pueden resultar inconvenientes, porque los procesos en que puede incidir el recurso de inaplicabilidad no son iguales. Ahora bien, *pueden fundamentarse en circunstancias diferentes*, lo que dependerá de la fase en que se encuentre el procedimiento e, incluso, de la prueba rendida”.

– El Senador Sr. Espina manifestó que: “En cuanto a la atribución que se desplaza desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional en materia de declaración de inaplicabilidad para juicios específicos, hizo notar que, en estos casos, la mencionada Corte se aboca a situaciones particulares. En consecuencia, dijo, *la inconstitucionalidad se liga a circunstancias determinadas*”.

– El Senador Sr. Viera-Gallo “discrepó del planteamiento del Honorable Senador señor Espina en cuanto a que el tribunal que conoce de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad razona sobre la base de hechos determinados. En estos casos, dijo, el órgano jurisdiccional *efectúa un raciocinio lógico de tipo abstracto*, con la única finalidad de determinar si la norma cuestionada se ciñe o no al ordenamiento constitucional. *No existe, insistió, un pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad del precepto en el juicio determinado en el cual se alegó, sino que hay un raciocinio abstracto que una vez realizado, produce sus efectos sobre aquel litigio particular*”.¹⁵

Tenía razón el Senador Viera-Gallo cuando expresó que “el órgano jurisdiccional efectúa un raciocinio lógico de tipo abstracto con la única finalidad de determinar si la norma cuestionada se ciñe o no” a la Constitución. Eso es lo que hace exactamente la Excma. Corte Suprema conociendo de estos recursos. El error de la Excma. Corte –que resume tan bien el Sr. Viera-Gallo– consiste en prescindir del examen acerca de *si el efecto aplicatorio* de la norma legal cuestionada, *precisamente al caso particular* en que recae el recurso, es o no es contrario a la Constitución.

Si la doctrina de la Corte Suprema –a la que hicimos más amplia referencia en el párrafo 16– fuese adoptada por el T.C. y si éste dispusiera de la facultad de declarar inconstitucional un precepto legal, no sería necesario esperar tres fallos uniformes de inaplicabilidad pues, desde el primero de ellos, se habría decidido la inconstitucionalidad *in abstracto* de tal precepto.

Y si el recurso de inaplicabilidad fue conocido en Sala, bastaría que la decisión del asunto fuese pasada al Pleno para resolver la inconstitucionalidad de la norma con efectos generales.

¹⁴ Ver Cuadro Resumen Comparativo, 2º Informe, texto final, pp. 52 y 56.

¹⁵ Ver “Segundo Informe” cit., pp. 274 y 275.

En otras palabras, la misma lógica permite transformar el recurso de inaplicabilidad en una acción de inconstitucionalidad a ser resuelta directamente por el Pleno del T.C. sin más dilaciones inútiles.

Pero puede ocurrir, si se respeta la diferencia esencial entre inaplicabilidad e inconstitucionalidad, que se dicten –no tres, sino diez o más fallos– en que se acoja la acción de inaplicabilidad *con respecto a la particularidad* del caso en que ella incide, y la norma declarada inaplicable *para esos casos concretos* continúe siendo perfectamente acorde con la Constitución *in abstracto* y en términos generales. El segundo ejemplo de Dn. José María Eyzaguirre Echeverría –citado en el párrafo 14– es bastante ilustrativo a este respecto.

19. La Reforma en la Cámara de Diputados.

Después de un extenso debate, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de esta Cámara emitió, con fecha 18 de mayo de 2005, su Segundo Informe en el cual recomendó a la Cámara la aprobación del Proyecto que acompaña.

En lo que respecta al tema que nos ocupa, la Comisión resolvió agregar un nuevo N° 7, a continuación del numeral que trata sobre la inaplicabilidad, que dice así:

“Art. 82. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

*“7°. Decidir la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el número anterior. El Tribunal conocerá estos asuntos en pleno y, para declarar la inconstitucionalidad de un precepto de rango legal, deberá hacerlo por los dos tercios de sus miembros en ejercicio”.*¹⁶

Como puede advertirse la posición de la Cámara se distingue de la del Senado en no exigir la dictación previa de “tres fallos uniformes” –requisito, por sí sólo, generador de conflictos–, bastando la dictación de un solo fallo de inaplicabilidad para plantear la inconstitucionalidad de la norma legal cuestionada.

Con respecto a la legitimación activa para interponer las acciones de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad, el Segundo Informe de la Comisión de la Cámara no innovó en los titulares propuestos por el Senado para cada una de ellas.

20. La declaración de inconstitucionalidad de las leyes vigentes, con efectos generales ablatorios.

Curiosamente, el formidable avance que significa completar la jurisdicción constitucional del T.C., atribuyéndole no sólo el conocimiento y decisión de la acción de inaplicabilidad sino también *la facultad de declarar la inconstitucionalidad de los preceptos legales vigentes*, se ve empañado por la ligazón de dependencia que ambas propuestas –la del Senado y la de la Cámara– hacen de la acción de inconstitucionalidad con el recurso de inaplicabilidad, que pertenece a otra esfera jurídica: la del caso particular.

¹⁶ Ver Segundo Informe Comisión Constitución Cámara, cit., p. 35.

En efecto, conforme a los preceptos transcritos del Proyecto aprobado por la Cámara, los requisitos de la acción de inconstitucionalidad –o de su declaración oficiosa– serían los siguientes:

- A. Que se trate, necesariamente, *de un precepto declarado inaplicable* por el T.C.; debiendo recordarse que esta acción se conoce en Sala y se decide por simple mayoría de los magistrados presentes.
- B. Es de competencia del Pleno del T.C.
- C. La acción de inconstitucionalidad es una acción pública, por lo que puede interponerla cualquiera persona capaz de comparecer en juicio.
- D. Para declararla se requiere el quórum de no menos de dos tercios de sus miembros en ejercicio.

Más sorprendente resulta la relación de dependencia señalada en el requisito A, en el Proyecto aprobado por el Senado, el cual, a continuación de la *acción de inaplicabilidad* y en el mismo numeral (art. 82 N° 6), dispone que después *de tres fallos uniformes*, el Tribunal, por los dos tercios de sus miembros, en pleno, de oficio y a petición de parte, *declarará la inconstitucionalidad* del precepto legal respectivo, con efectos generales.

La expresión imperativa “declarará” con que se insta al T.C. a resolver la *inconstitucionalidad* de un precepto legal, a consecuencia de tres fallos uniformes de *inaplicabilidad*, nos parece incoherente.

Y la confusión que ella encierra entre dos institutos procesales tan distintos como son la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad, la estimamos impresentable en una Ley de Reforma Constitucional.

Pero, además, uno se pregunta: si se trata de instituir la acción de inconstitucionalidad con tal vigor que se la caracteriza como acción pública en ambos Proyectos, ¿por qué un ciudadano responsable –pongamos, como ejemplo, el titular de un órgano del Estado– que se ve obligado a aplicar todos los días una norma legal contraria a la Constitución, para poder esgrimir esta acción debe previamente transitar por el sendero inadecuado de la acción de inaplicabilidad y –conforme al Proyecto del Senado– tener que esperar que se dicten tres fallos uniformes, acogiéndola, para poder –recién entonces– ejercer la acción de inconstitucionalidad?

IV. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

21. En el derecho comparado sudamericano.

Aunque en el ámbito de Sud América existen tribunales ordinarios que ejercen un control de constitucionalidad de las normas subordinadas al Código Político, aquí vamos a referirnos –para que la comparación sea válida– sólo a aquellos ordenamientos jurídicos que contemplan un Tribunal Constitucional.

Como se sabe, sólo cuatro países, además de Chile, cuentan con este órgano concentrado y especializado: Perú, Bolivia, Colombia y Ecuador.¹⁷

21.1. La acción de inconstitucionalidad en el Perú.

El T.C. peruano fue instituido por la Constitución de 1993, en sustitución del Tribunal de Garantías Constitucionales, creado por la de 1979, que alcanzó a funcionar durante una década: 1982-1992.¹⁸

Dice el art. 202 de la Carta vigente:

“Corresponde al Tribunal Constitucional:

“1. *Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.*¹⁹”

El art. 200.4. especifica que dicha acción “*procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo*”.

El art. 203 regula la legitimación activa para ejercerla del modo siguiente:

“*Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:*

“1. *El Presidente de la República;*

“2. *El Fiscal de la Nación;*

“3. *El Defensor del Pueblo;*

“4. *El veinticinco por ciento del número legal de congresistas;*

“5. *Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado.*

“6. *Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional o los alcaldes provisionales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia.*

“7. *Los colegios profesionales en materias de su especialidad*”.

El art. 204 regula los efectos de la sentencia estimativa. Dice así:

“*La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el Diario Oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.*

“*No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal*”.

¹⁷ Ver *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997, varios autores, coord. por Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado. Ver también Humberto Nogueira Alcalá: “Las competencias de los Tribunales Constitucionales de América del Sur”, en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 8, N° 2, 2002, pp. 71 y ss.

¹⁸ Perú cuenta con el primer Código Procesal Constitucional de Sud América, contenido en la Ley N° 28.237 de 31-V-2004, cuyo Título VIII regula el Proceso de Inconstitucionalidad.

¹⁹ La actual Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es la N° 28.301 y entró en vigencia junto con el Código Procesal Constitucional, el 31-XI-2004.

Resulta extraordinariamente relevante el art. 205, el que, internacionalizando la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, dice así:

*“Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte”.*²⁰

21.2. La acción de inconstitucionalidad en Bolivia.

El T.C. boliviano fue incorporado a la Carta Fundamental por la Ley de Reforma Constitucional N° 1.585 de 12-VIII-1994.

No obstante ser un tribunal “independiente y estar sometido sólo a la Constitución” (art. 119), forma parte del Poder Judicial, conforme a su art. 116.

El art. 120, que precisa su competencia, dice en lo pertinente a este estudio:

“Son atribuciones del Tribunal Constitucional conocer y resolver:

“1ª. En única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales. Si la acción es de carácter abstracto o remedial, sólo podrán interponerla el Presidente de la República, o cualquier Senador o Diputado, el Fiscal General de la República o el Defensor del Pueblo”.

El art. 121 regula los efectos de sus sentencias del siguiente modo:

“I. Contra las sentencias y autos del Tribunal Constitucional no cabe recurso ulterior alguno.

“II. La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, hace inaplicable la norma impugnada y surte plenos efectos respecto a todos. La sentencia que se refiera a un derecho subjetivo controvertido, se limitará a declarar su inaplicabilidad al caso concreto.

“III. Salvo que la sentencia disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la norma en las partes no afectadas por la inconstitucionalidad. La sentencia de inconstitucionalidad no afectará a sentencias anteriores que tengan calidad de cosa juzgada.

*“IV. La Ley reglamenta la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, así como las condiciones para la admisión de los recursos y sus procedimientos”.*²¹

²⁰ Ver Eguiguren Praeli, Francisco, “Poder Judicial y Tribunal Constitucional en el Perú”, en *Ius et Praxis*, año 4, N° 1, 1998, p. 61; García Belaúnde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Bogotá, 2001; y *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Jurídica Grijley, Lima, 2003. Y Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, *Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso*, ARA Edic., Lima, 2003; *Código Procesal Constitucional*, Ed. Palestra, Lima, 2004; y Castañeda, Espinosa-Saldaña Carpio y Saenz, *Introducción a los procesos Constitucionales*, Ed. Jurista, Lima, 2005.

²¹ Ver M. Harb, Benjamín, “La Jurisdicción Constitucional en Bolivia”, en *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, cit., pp. 335 y ss.; y Montaña P., Edgar, “Corte Suprema y Tribunal Constitucional Bolivianos: competencias y relaciones”, en *Ius et Praxis*, año 4, N° 1, 1998, p. 121.

21.3. La acción de inconstitucionalidad en Colombia.

La Corte Constitucional de Colombia tiene su origen en la Asamblea Nacional Constituyente que aprobó la Carta vigente, promulgada en la Gaceta Constitucional N° 114 de 7 de julio de 1991.

La acción de inconstitucionalidad –conforme al art. 40 N° 6° del Código Político– “se vincula expresamente con el *derecho de todo ciudadano* de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Con ese propósito se otorga al ciudadano la facultad de “interponer *acciones públicas* en defensa de la Constitución y de la ley”.²² Por tratarse de una acción de naturaleza política y fundamento participativo, no pueden intentarlas las personas jurídicas; pero sí el gobierno (art. 241 N° 8), ciertos órganos del Estado como el Procurador de la Nación (art. 242 N° 2) o el Defensor del Pueblo (Corte Constitucional, Auto Acordado -014/95).

Dice el art. 241 de la Carta –en relación con el control abstracto y remedial que venimos tratando– lo siguiente:

“A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

“1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquier que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

“4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

“5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presentaren los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

“7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dice el gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución”. (Estados de excepción constitucional).

Con respecto a la fuerza vinculante de las sentencias de la Corte, el art. 243 prescribe:

“Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

“Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

²² Ver Cifuentes Muñoz, Eduardo, *La Jurisdicción Constitucional en Colombia*, cit., en nota 16, pp. 473 y ss.

21.4. La acción de inconstitucionalidad en el Ecuador.

La Constitución de este país hermano, aprobada por referéndum en 1978 y que rige a contar del 10 de agosto de 1979, sustituyó –luego de sucesivas reformas, que culminan en la Asamblea Nacional Constituyente de 1997, clausurada en Riobamba en 1998– al Tribunal de Garantías creado originalmente en la Carta de 1945 y dio origen al actual Tribunal Constitucional, ubicado en el Título XIII de la Carta Política que lleva por epígrafe “De la Supremacía, del Control y de la Reforma de la Constitución”.²³

El art. 276 dispone –en lo que concierne al control abstracto y correctivo de normas– lo siguiente:

“Competerá al Tribunal Constitucional:

“1. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado, y suspender total o parcialmente sus efectos”.

En cuanto a la legitimación activa para esgrimir esta acción, el art. 277 dispone:

“Las demandas de inconstitucionalidad podrán ser presentadas por:

“1. El Presidente de la República, en los casos previstos en el número 1 del Art. 276.

“2. El Congreso Nacional, previa resolución de la mayoría de sus miembros, en los casos previstos en los números 1 y 2 del mismo artículo.

“3. La Corte Suprema de Justicia, previa resolución del Tribunal en Pleno, en los casos descritos en los números 1 y 2 del mismo artículo.

“4. Los consejos provinciales o los concejos municipales, en los casos señalados en el número 2 del mismo artículo.

“5. Mil ciudadanos en goce de derechos políticos o cualquier persona previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia, en los casos de los números 1 y 2 del mismo artículo”.

Los efectos de las sentencias estimatorias del T.C. están previstos en el art. 278, que dice así:

“La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y será promulgada en el Registro Oficial. Entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación y dejará sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional. La declaratoria no tendrá efecto retroactivo, ni respecto de ella habrá recurso alguno”.

Podemos constar –con lo dicho hasta aquí– que entre los cinco países de Sud-América que cuentan con un Tribunal Constitucional, Chile es la única república cuyo ordenamiento jurídico no contempla una acción de inconstitucionalidad de carácter abstracto y correctivo o remedial de aquellas normas vigentes que contrarían nuestra Carta Fundamental.

²³ Ver Salgado Pesantes, Hernán, *La Jurisdicción Constitucional en el Ecuador*, en ob. cit. en nota 16, pp. 575 y ss.

22. La acción de inconstitucionalidad en el mundo europeo.

En Europa, cuna del T.C., existen tribunales que ejercen un control preventivo de constitucionalidad –como el Consejo Constitucional francés–; otros, que sólo ejercen potestades correctivas como el T.C. Federal austriaco, el alemán o el español; y otros, en fin, que efectúan tanto el control preventivo como el correctivo de constitucionalidad de las normas y pueden ejercer tanto el control abstracto de normas como el control concreto en casos particulares, como ocurre con el T.C. portugués.²⁴

En este trabajo nos limitaremos a revisar la acción de inconstitucionalidad, de carácter abstracto y correctivo, de la que conocen los T.C. de Austria –patria del primer Tribunal Constitucional efectivamente creado en Europa en 1926– de Alemania, de Italia, de Portugal y de España.

22.1. La acción de inconstitucionalidad en Austria.

Félix Ermacora ha dicho que “La gran novedad que el control de constitucionalidad aportó en (la Carta de) 1920 consiste en que dicho control *recae sobre las leyes*, control que no era posible bajo el régimen monárquico”.²⁵

La Ley Constitucional Federal de Austria,²⁶ en su art. 140.1 dice así:

“El Tribunal Constitucional conocerá de la posible inconstitucionalidad de una ley federal o regional a instancias del Tribunal Administrativo, del Tribunal Supremo o de cualquier tribunal llamado a resolver en segunda instancia o de una Sala independiente de lo Contencioso-Administrativo, así como de oficio, cuando el propio Tribunal Constitucional tenga que aplicar la ley a un litigio pendiente. Conocerá asimismo de la posible inconstitucionalidad de las leyes regionales a instancias, en su caso, de un Gobierno Regional, de un tercio de los diputados al Consejo Nacional o de la tercera parte de los miembros del Consejo Federal. Se podrá disponer por ley regional constitucional que tenga también este derecho a solicitar la declaración de inconstitucionalidad de leyes regionales una tercera parte de los miembros de la Dieta Regional. El Tribunal Constitucional conocerá también de la presunta inconstitucionalidad de las leyes a instancias de toda persona que afirme haber sido directamente lesionada en sus derechos por esa inconstitucionalidad, en el supuesto de que la ley haya surtido efecto sobre esa persona sin necesidad de que se dictase sentencia por un tribunal o acto administrativo...”

En relación con los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, el art. 140.5 dispone:

²⁴ Ver el Informe General Introductorio de Louis Favoreu en *Tribunales Constitucionales Europeas y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

²⁵ Ver Ermacora, Félix, “El Tribunal Constitucional Austriaco”, en ob. cit. en nota 23, pp. 267 y ss.

²⁶ La Constitución austriaca fue promulgada el 1º-X-1920. Fue profundamente revisada por Ley de Reforma de 7-XII-1929. Fue anulada en 1934 al abolir el Canciller Dolfuss el sistema parlamentario. Y fue restablecida el 1º-V-1945 por Ley Constitucional, días antes de la capitulación del III Reich.

“El fallo del Tribunal Constitucional por el que se anule una ley como inconstitucional, obligará al Canciller Federal o al Gobernador Regional competente a publicar sin demora la derogación” (...) “La anulación entrará en vigor el día de la promulgación, si el Tribunal Constitucional no hubiere fijado un plazo para la expiración de la vigencia. Dicho plazo no podrá exceder de dieciocho meses”.

Agrega el art. 140.6.: *“Anulada por el Tribunal Constitucional una ley como inconstitucional, volverán a entrar en vigor el día mismo en que surta efecto la derogación, a menos que el fallo haya dispuesto otra cosa, las disposiciones legales derogadas por la ley que el tribunal haya declarado inconstitucional. Se especificará, además, en la publicación relativa a la anulación de la ley, si vuelve a entrar en vigor alguna disposición legal, y en caso afirmativo, cuáles”.*

22.2. La acción de inconstitucionalidad en la República Federal de Alemania.

Ha dicho el Profesor Klaus Schlaich que “La Constitución Federal ha adquirido... la cualidad de una ley: –que prevalece sobre las restantes leyes (supremacía de la Constitución); –que puede ser directamente aplicable para la solución de un caso concreto; –y para la garantía de la cual se ha establecido una jurisdicción particular: la Jurisdicción Constitucional o *Verfassungsgerichtsbarkeit*”.²⁷

El art. 93.1 de la Constitución Federal alemana prescribe que el T.C. Federal decidirá:

“2) En los casos de discrepancia o de dudas sobre la compatibilidad formal y material del derecho federal o del derecho de un Estado con la presente Ley Fundamental, o sobre la compatibilidad del derecho de un Estado con otras normas de derecho federal, a petición de un Gobierno regional o de un tercio de los componentes de la Dieta Federal;”.

Por su parte, el art. 94.2. precisa que “Una ley federal regulará la composición y el procedimiento del Tribunal y determinará en qué casos sus decisiones tendrán fuerza de ley. Dicha ley podrá disponer que para los recursos constitucionales sea condición necesaria el agotamiento previo de la vía judicial, así como prever un procedimiento especial de admisión de los asuntos”.

La ley del Tribunal Constitucional Federal es la de 11 de agosto de 1993.

22.3. La acción de inconstitucionalidad en Italia.

Según Alessandro Pizzorusso, “El control de constitucionalidad de las leyes fue introducido en Italia por primera vez en forma explícita por la Constitución de la República que entró en vigor el 1º de enero de 1948; sin embargo, el Tribunal Constitucional no pudo comenzar a funcionar hasta ocho años más tarde, cuando una ley de 1953 estable-

²⁷ Schlaich, Klaus, “El Tribunal Constitucional Federal Alemán”, en ob. cit. en nota 23, pp. 133 y ss.

ció las disposiciones complementarias de puesta en práctica de las normas constitucionales”.²⁸

La Corte Costituzionale italiana está ubicada en el Título Sexto de la Carta Fundamental que trata “De las Garantías Constitucionales”.

El art. 134 prescribe que “*La Corte Constitucional juzgará: -las disputas sobre legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley del Estado y de las regiones*”.

Por su parte, el art. 136 prescribe: “*Cuando la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad de una disposición legislativa o de algún acto con rango de ley, la norma dejará de surtir efecto desde el día siguiente al de la publicación de la sentencia.*”

“*La resolución del tribunal se publicará y notificará a las Cámaras y a los Consejos Regionales afectados a fin de que, si lo considera necesario, provean conforme a las formalidades establecidas en esta Constitución*”.

El art. 137 señala que “*Se establecerán por ley constitucional las condiciones, formas, plazos de interposición de los recursos de inconstitucionalidad y las garantías de independencia de los jueces*”.

La ley que regula los procesos de inconstitucionalidad y las garantías de independencia del T.C. es la ley de 9 de febrero de 1953.

El inc. final del art. 137 dispone que “*No se dará recurso alguno contra las resoluciones de la Corte Constitucional*”.

22.3. La acción de inconstitucionalidad en Portugal.

La Constitución Política portuguesa de 1976 definió, en su art. 223, al Tribunal Constitucional como “*el tribunal al que compete específicamente administrar justicia en materias de naturaleza jurídico-constitucional*”.

Más adelante, en la Parte Cuarta, que trata “De la garantía y revisión de la Constitución”, se refiere al “Control de Constitucionalidad”.

El art. 277.1 prescribe que “*Serán inconstitucionales las normas que infrinjan lo dispuesto en la Constitución o los principios establecidos en ella*”.

El art. 281 se refiere a la “Fiscalización abstracta de la constitucionalidad y la legalidad”, en los siguientes términos:

“*1. El Tribunal Constitucional examinará y declarará con fuerza general de obligar:*

²⁸ Pizzorusso, Alessandro, “El Tribunal Constitucional italiano”, en ob. cit., en nota 23, pp. 233 y ss.

- a) *La inconstitucionalidad de cualesquiera normas.*
- b) *La ilegalidad de cualesquiera normas contenidas en actos legislativos, basada en violación de una ley de valor reforzado.*
- c) *La ilegalidad de cualesquiera normas contenidas en un texto regional, basada en la violación del Estatuto de la región o de una ley general de la República.*
- d) *La ilegalidad de cualesquiera normas contenidas en un texto emanado por los órganos de soberanía, por razón de que han violado los derechos de una región consagrados en su Estatuto”.*

El art. 281.2 se refiere a legitimación para accionar. Dice así:

“Podrán recurrir al Tribunal Constitucional para que dicte declaración de inconstitucionalidad o de ilegalidad, con fuerza general de obligar:

- a) *El Presidente de la República*
- b) *El Presidente de la Asamblea de la República*
- c) *El Primer Ministro*
- d) *El Defensor del Pueblo*
- e) *El Fiscal General de la República*
- f) *Una décima parte de los Diputados a la Asamblea de la República*
- g) *Los Ministros de la República, las asambleas legislativas regionales, los presidentes de las asambleas legislativas regionales, los presidentes de los gobiernos regionales o un décimo de los diputados a la respectiva asamblea regional, cuando la solicitud de declaración de inconstitucionalidad se base en una violación de los derechos de las regiones autónomas o la solicitud de declaración de ilegalidad se funde en una violación del Estatuto de la respectiva región o de una ley general de la República”.*

El art. 282 regula los efectos de la sentencia estimativa, del siguiente modo:

“1. La declaración de inconstitucionalidad con fuerza general de obligar surtirá efecto desde la entrada en vigor de la norma declarada inconstitucional o ilegal y llevará aparejado el restablecimiento de las normas eventualmente derogadas por aquélla.

“2. Si se trata, sin embargo, de inconstitucionalidad o bien de ilegalidad por infracción de norma constitucional o legal posterior, la declaración sólo surtirá efecto desde la entrada en vigor de esta última.

“3. Se exceptúan los casos ya juzgados, salvo decisión contraria del Tribunal Constitucional, cuando la norma se refiera a materia penal, disciplinaria o de simple ilícito administrativo y sea de contenido menos favorable al imputado.

*“4. Cuando lo exijan la seguridad jurídica, razones de equidad o un interés público de excepcional importancia, que deberá ser motivado, podrá el Tribunal Constitucional fijar los efectos de la inconstitucionalidad o de la ilegalidad con un alcance más restringido que el previsto en los apartados 1 y 2”.*²⁹

²⁹ Ver Moura Loureiro De Miranda, Jorge, “Controlo da Constitucionalidade em Portugal”, en *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (varios autores), Dykinson, Madrid, 1997, pp. 855 y ss.

22.4. La acción de inconstitucionalidad en España.

La Constitución española de 1978 estableció un modelo de Tribunal Constitucional cuya conformación tripartita –al decir del Profesor Pablo Lucas Verdú– fue “importada de Italia” y cuya función –definida por el mismo tribunal– consiste en ser “intérprete y guardián de la Constitución, pero no del resto del ordenamiento jurídico” (S.T.C. Nº 78 de 9-VII-1984).³⁰

La competencia de control abstracto y correctivo de constitucionalidad está contenida en el art. 161.1, letra a) de la Carta Fundamental que dice:

“El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”.

El párrafo 2 del mismo artículo establece que *“El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses”.*

La legitimación activa en esta materia está regulada en el art. 162.1, que dice: *“Están legitimados: a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas”.*

Los efectos de las sentencias están regulados en el art. 164, que dice:

“1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho tienen plenos efectos frente a todos.

“2. Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad”.

La ley orgánica Nº 2/1979, de 3 de octubre, regula el Estatuto de los miembros del Tribunal Constitucional y el procedimiento y las condiciones para el ejercicio de las acciones a que se refiere el art. 165 de la Constitución española (B.O.E. Nº 239 de 5-X-1979).

³⁰ Ver García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1982. Ver también Fernández Segado, Francisco, *La Jurisdicción Constitucional en España*, ob. cit. en nota precedente, pp. 625 y ss.

V. CONCLUSIÓN

Hemos hecho una exposición sucinta del Proyecto de Reforma Constitucional, tanto en su tramitación ante el Senado de la República como ante la Cámara de Diputados. Hemos intentado destacar la fundamental diferencia que existe entre la acción de inaplicabilidad y la acción de inconstitucionalidad de la ley. Finalmente, hemos trazado, a brocha gruesa –pero ceñidos a los textos constitucionales– el panorama de esta última, tanto en el ámbito sudamericano como en el mundo europeo; en este aspecto hemos descrito contra qué tipo de normas la acción tiene lugar, quiénes –en un amplio abanico de posibilidades– están legitimados para interponerla, así como los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad en todas sus variantes.

Pensamos que, en el nivel de desarrollo que ha alcanzado la cultura jurídica chilena, en el plano constitucional, nuestra nación no merece la orfandad existente en cuanto concierne a los mecanismos correctivos de la inconstitucionalidad de las normas subordinadas a la Carta Fundamental, particularmente, en presencia de la fuerza normativa atribuida a ésta por su artículo 6º, entre las Bases de la Institucionalidad.

Creemos haber contribuido a esclarecer el panorama con el modesto aporte que representa este trabajo. Corresponde ahora a los órganos competentes subsanar esta grave omisión y no prolongar por más tiempo ni la dependencia de la declaración de inconstitucionalidad de eventuales situaciones de inaplicabilidad de la ley ni la ausencia de una acción que constituye un requerimiento esencial del sistema para asegurar su coherencia y el imperio efectivo de la supremacía de la Constitución.