

# 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 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](mailto:cecoch@utalca.cl)

## PROBLEMAS DEL CONTROL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

Eduardo Aldunate Lizana \*

### RESUMEN

El artículo analiza críticamente el sistema de control preventivo de constitucionalidad de los preceptos legales en sede de jurisdicción constitucional, tanto desde la perspectiva de los límites del control de constitucionalidad y de los efectos de las sentencias.

### PALABRAS CLAVE

Derecho procesal constitucional; Jurisdicción constitucional; control preventivo de constitucionalidad; límites del control de constitucionalidad; efectos de las sentencias.

### 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto exponer algunos problemas que surgen con ocasión del control preventivo de la constitucionalidad de las leyes, examinado desde la perspectiva del concepto y función de la Constitución y de la jurisdicción constitucional. El primero de ellos es la cuestión de los límites del control y el segundo el de los posi-

---

\* Eduardo Aldunate Lizana. Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Miembro del Consejo Académico Consultivo Nacional del Centro de Estudios Constitucionales. [ealdunat@ucv.cl](mailto:ealdunat@ucv.cl). Artículo recibido el 10 de marzo de 2005 y aprobado el 15 de abril de 2005.

bles efectos de la sentencia, que en el derecho y doctrina comparados se conocen como efecto de ley, fuerza vinculante<sup>1</sup> o fuerza obligatoria general.<sup>2-3</sup>

En ambos casos vale la siguiente precisión: las particularidades que para el análisis resultan de la característica preventiva del control no son consustanciales a esta calidad sino a la circunstancia de que, en esta modalidad, el control es siempre abstracto y el pronunciamiento adquiere unas consecuencias –no las denominaré aún, “efectos”– de carácter general. En el modelo del control preventivo, aun cuando las consideraciones que puedan hacerse valer para argumentar la inconstitucionalidad de una disposición incluyan hipótesis de casos concretos, éstas hipótesis no constituyen el objeto del pronunciamiento del tribunal; no forman parte, por usar una terminología procesal, de la cosa litigiosa. Salvo en los casos de inconstitucionalidad de forma, en el control preventivo de un proyecto de ley la cuestión a resolver siempre consiste en la compatibilidad normativa existente entre el sentido que se le atribuye al texto constitucional y el sentido que se le atribuye al texto legal examinado (controlado).

## 2. LOS LÍMITES AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En cuanto a los límites al control, se trata aquí de estudiar qué criterios deben considerarse para efectos de establecer la extensión dentro de la cual puede desarrollarse legítimamente la actividad del órgano de jurisdicción constitucional en un sistema constitucional democrático. Esto resulta *de* y *en* determinadas concepciones sobre la Constitución y la función de la jurisdicción constitucional de control de constitucionalidad. Así, si se concibe la Constitución como un conjunto normativo que señala un cauce dentro de cuyas riberas se trata de que fluya el proceso político, dejando que las controversias políticas sean resueltas por este proceso (participación y representación política, gobierno y decisión de la mayoría, etc.), el rol de la función jurisdiccional se ceñirá a resguardar estas riberas normativas, sin pretender condicionar el contenido mismo del proceso político. En cambio, si se concibe la Constitución como una suerte de norma madre omnipresente en todas las decisiones políticas, o sea, una norma de la cual “arrancan” todas las demás normas y en la cual, por lo tanto, es preciso buscar un “anclaje” para todas las ramas del derecho “subconstitucional”,<sup>4</sup> es comprensible que se vea como la

<sup>1</sup> Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 452.

<sup>2</sup> “Força obrigatória geral”, J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª edición, Editorial Almedina, Coimbra, Portugal, 2002, p. 997.

<sup>3</sup> “Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el ‘Boletín Oficial del Estado’”. Art 38.1 LOTC español.

<sup>4</sup> Esta tendencia se aprecia en trabajos sobre materias distintas al Derecho Constitucional, pero que persiguen encontrar, en la Constitución, el fundamento de una serie de instituciones muy lejanas al pronunciamiento de la decisión política fundamental que sobre diversas materias es posible argumentar a partir de la Carta. De paso sea dicho (como mera constatación de un hecho y sin celos disciplinares, pero observando la falta de rigor científico) que esta tendencia ha sido también tentación para que cada vez más cultores de distintas ramas del derecho (Derecho Civil, Penal, Económico, Administrativo, etc.) se sientan, en su ámbito de materias, como expertos de la regulación constitucional atinente a su especialidad. La pluralidad de aportes debe ser saludada; preocupa, sí, el descuido del estudio, por parte de estos “constitucionalistas part-time”, de todo el contexto teórico y metodológico que tan delicado es para esta disciplina.

función propia de la función jurisdiccional el resolver la “presencia constitucional” en cada uno de estos ámbitos, buscando así la solución, en la Constitución, de las más diversas cuestiones planteadas.

En el primer caso, la función de la jurisdicción constitucional se limita a buscar si existe o no una disposición constitucional contra la cual choque la norma examinada; dicho de otra forma, la cuestión fundamental aquí es separar lo constitucionalmente resuelto de lo constitucionalmente no resuelto, esto último abierto a la regulación legislativa.<sup>5</sup> Se opera, si se permite el símil, de una manera parecida a como se razona en la jurisdicción penal, donde la pregunta es: la conducta descrita ¿está o no recogida en algún tipo penal? En sede de jurisdicción constitucional, sería: la cuestión legislada ¿se encuentra resuelta o limitada por la Constitución? En el segundo caso, se trata de construir la solución constitucional para el caso aun cuando la Constitución no provea sustento directo para dicha solución.<sup>6</sup>

Resulta evidente que este problema se plantea con tanta más fuerza en sede de control abstracto que de control concreto, por cuanto en este último, al menos, la cuestión debatida tiene contornos dados por la situación de hecho que da lugar al control. La naturaleza abstracta del control preventivo, en cambio, favorece una extensión *ad infinitum* de las materias que un órgano jurisdiccional imbuido del segundo concepto puede estimarse legitimado para resolver.

No es éste el lugar para desarrollar las consecuencias metodológicas de cada uno de estos dos enfoques sobre el concepto de la Constitución y de la función jurisdiccional, pero resultará fácil al lector establecer la directa relación que existe entre la segunda alternativa (la Constitución como norma madre) y las propuestas de una interpretación constitucional “concretizadora” a partir de valores indeterminados que admitirían su especificación interpretativa en diversos principios constitucionales que vienen en muchos casos a reemplazar –en realidad, a suplantar– los principios materiales de cada uno de los ámbitos del ordenamiento jurídico subconstitucional.<sup>7</sup> Está a la mano comprender

---

<sup>5</sup> Idea presente en el trabajo de Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft* (La particularidad del Derecho Público -o Derecho del Estado- y de la Ciencia del Derecho Público) en *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt del Meno, 1992, p. 23.

<sup>6</sup> Como se puede apreciar de esta forma de plantear la cuestión, la pregunta relativa a si una materia se encuentra o no regulada por la Constitución pasa necesariamente por una decisión interpretativa. De aquí resulta la importancia de la interpretación constitucional para la teoría de la Constitución en su conjunto, y las consecuencias prácticas de mayor alcance que tiene la interpretación en sede constitucional, comparada con la actividad interpretativa en otras ramas del derecho.

<sup>7</sup> Por poner un solo ejemplo, el intento de fundar constitucionalmente el derecho a la reparación del daño moral, cfr. Court M. Eduardo, *Daño corporal y daño moral: bases constitucionales de su reparación en La constitucionalización del derecho chileno*, Universidad Austral de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, pp. 101 y ss. No existe ningún antecedente ni elemento de interpretación constitucional que permita extraer, a partir de la protección a la integridad física y síquica, un fundamento para la indemnización del daño moral, compensación patrimonial que se encuentra fuera del ámbito conceptual de los derechos fundamentales como atributos inherentes a cada ser humano. Estos intentos son, por lo demás, peligrosos para el propio Derecho Civil: ¿o no significa un tal fundamento que allí donde no es posible establecer una lesión al derecho fundamental a la integridad física y síquica –por ejemplo, dolor moral que no altera dicha integridad síquica– no habría fundamento para una indemnización por daño moral?

cómo un control preventivo realizado por jueces constitucionales con esta aproximación conceptual puede derivar fácilmente desde una actividad de control, vía concretización, a una verdadera actividad de nomogénesis constitucional y subconstitucional.

### 3. EL PRINCIPIO DE INEXCUSABILIDAD Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Podría objetarse a esta distinción el que ella sólo tenga interés teórico. Sin embargo, esto no es así. Al menos, el Tribunal Constitucional no estaba consciente de la necesidad de distinguir estas dos posibles concepciones de la Constitución y el rol de la jurisdicción constitucional al aceptar, con ocasión de la primera oportunidad en que hubo de ejercer un control, y sin ulterior reflexión, el art. 3 i. II de su ley orgánica constitucional, que consagra el principio de inexcusabilidad. ¿Cómo habría que entender este principio en sede constitucional? ¿Como una habilitación (por lo demás espuria, por meramente legal orgánica) al tribunal para fallar, aun a falta de disposición constitucional que resuelva la controversia, estatuyendo la respectiva norma constitucional?<sup>8</sup> Por ejemplo, ante la ausencia de toda norma constitucional relativa al matrimonio, y frente a un requerimiento de inconstitucionalidad de un proyecto de ley que regula el divorcio, ¿debería estatuir el Tribunal la norma ‘constitucionalmente’ aplicable?

Si el lector repasa las ideas de los párrafos anteriores, verá hasta que punto se encuentran relacionadas. Obviamente, el principio de inexcusabilidad a nivel constitucional es un absurdo irredimible. Y por lo mismo, se refuerza la tensión a encontrar (más bien a construir) siempre una respuesta constitucional a la cuestión normativa planteada. Por ejemplo, en el caso propuesto, una línea argumental sería reducir el concepto de familia del art. 1° al de familia nuclear matrimonial, e interpretar la idea de “protección” contenida en el mismo artículo en el particular sentido de inmutabilidad del estatuto jurídico del vínculo matrimonial. Sin embargo, los dos pasos son, desde un punto de vista interpretativo, lo suficientemente forzados como para constituir un buen ejemplo de concretización sin un fundamento directo en la Constitución. Desde un punto de vista argumental, la mayor parte de las veces es posible encontrar “algún” punto de partida, o vínculo de una materia con un enunciado constitucional de carácter general, y por esta vía se puede llegar a construir todo un ordenamiento de principios “constitucionales”. Sin embargo, ante la pregunta ¿la Constitución consagra la indisolubilidad del matrimonio, permite o prohíbe el divorcio?, la verdad es que la respuesta es más sencilla: la materia no se encuentra regulada en la Constitución, no es posible encontrar en el texto fundamental una referencia directa a la cuestión del divorcio, y es más: ¡ni siquiera al matrimonio!

<sup>8</sup> El principio de inexcusabilidad obliga al juez, ante la ausencia de una disposición legislativa, a proponer una norma general sobre cuya base solucionar el caso sometido a su conocimiento. Esa norma general de origen judicial ocupa, en ese razonamiento judicial, el lugar que debió haber ocupado una norma obtenida a partir de un texto legislativo.

#### 4. CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTROL PREVENTIVO OBLIGATORIO

En otro orden de cosas, el control preventivo obligatorio plantea una dificultad que, desde el punto de vista procesal, y en nuestro actual esquema de procedimiento, parece insalvable. En efecto, para declarar la inconstitucionalidad de una ley orgánica constitucional o de una ley interpretativa de la Constitución, en el control preventivo obligatorio, es el propio órgano jurisdiccional el que debe identificar un eventual vicio de inconstitucionalidad. Pero también es el propio tribunal el que debe resolver el vicio en que él mismo ha reparado. ¿Puede hablarse aquí de actividad jurisdiccional cuando el órgano que decide sobre la pretensión de inconstitucionalidad es el mismo que la sostiene? ¿O sea, en otras palabras, cuando falta la nota de imparcialidad consustancial al concepto de función jurisdiccional?

#### 5. LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS

Otro fenómeno que toca los límites de la jurisdicción constitucional es el de las sentencias interpretativas, que en Chile se han instalado como una práctica relativamente habitual de nuestro Tribunal Constitucional, con la iniciativa de la doctrina a partir del trabajo de Patricio Zapata Larrain, y en estrecha relación con la idea de deferencia razonada que, con raíces en el modelo de autorrestricción de la judicatura norteamericana, promueve este autor.<sup>9</sup> El principio que subyace a las sentencias interpretativas positivas<sup>10</sup> es que constituye un efecto menos gravoso que la declaración de inconstitucionalidad, el optar por una declaración de constitucionalidad en el entendido que la ley objeto de la misma es compatible con la Constitución si y sólo si se interpreta de determinada manera que el propio Tribunal Constitucional indica.

La bendición dada a esta práctica como “menos gravosa” pasa por alto que ella implica una extensión de la jurisdicción del Tribunal en la medida en que, más allá del pronunciamiento sobre constitucionalidad/ inconstitucionalidad de un precepto sometido a su conocimiento –única facultad que le es otorgada por la Constitución en esta materia–, se arroga la atribución de agregar al objeto de su control un texto –la declaración interpretativa– dirigido al juez u operador jurídico en general, en el mismo plano que el texto legislativo. El juez, enfrentando al texto de la ley así declarada constitucional, debería, al momento de aplicarla, agregar a dicho texto los respectivos párrafos o enunciados normativos contenidos en el texto del fallo del Tribunal Constitucional. Expresado de otra manera: el Tribunal Constitucional se atribuye facultades legislativas. El

---

<sup>9</sup> Cfr. de Zapata, Patricio, *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Corporación Tiempo 2000, Santiago, 1994, pp. 6 y ss. Cfr. también ; *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Parte General*, Biblioteca Americana Universidad Andrés Bello, Santiago de Chile 2002; *¿Alternativas menos drásticas? Notas sobre el uso y abuso de prevenciones, exhortaciones y consejos por el Tribunal Constitucional chileno?*, en XXXI Jornadas de Derecho Público, Revista de Derecho Público, vol. 63, 2001, pp. 601 y ss.

<sup>10</sup> “La identificación y consagración jurisprudencial del único sentido legítimo ...” (de la ley controlada) Zapata, *¿Alternativas...?*, p. 606.

tratamiento que da al Legislador no es, necesariamente, el más deferente. Más respetuosa que una declaración de constitucionalidad de una ley sólo en los términos que el Tribunal Constitucional interpreta, parece ser una declaración de inconstitucionalidad que permite al Legislador producir un nuevo texto que expresa su voluntad normativa de manera compatible con la Constitución, o bien que desplaza el problema a su correcta dimensión, actualizando la necesidad de una reforma constitucional.

## 6. LA COSA JUZGADA EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Por último, cabe entrar en una cuestión que no ha sido objeto del debido tratamiento por la doctrina. Aparentemente, la cosa juzgada, en el sistema de control preventivo, se produce claramente al momento de la declaración de constitucionalidad e inconstitucionalidad. El texto controlado es constitucional, o no lo es, y eso es *res iudicata*. Sin embargo, esta sencilla afirmación presenta dos problemas. Primero: ¿sobre qué recae la cosa juzgada? Claramente, existe un acotado efecto de cosa juzgada formal, en la medida en que no podrá volver a pedirse el control del proyecto de ley ya declarado constitucional/inconstitucional en ese procedimiento. Pero no puede sostenerse que exista un efecto de cosa juzgada sustancial en la medida en que la sentencia del tribunal, que declara la inconstitucionalidad del proyecto, no tiene en nuestro sistema efectos impeditivos respecto de la adopción por parte del Congreso, a futuro, de un proyecto idéntico al ya declarado inconstitucional. Incluso en aquellos países en que existe una disposición expresa que establece la vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional respecto de los poderes públicos, como en el caso del art. 38. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español,<sup>11</sup> no podría llegarse a construir tal efecto impeditivo para el órgano parlamentario ante la posibilidad, siempre abierta, de un posible cambio de criterio interpretativo del Tribunal Constitucional.

Segundo: puesto que la operación de control de constitucionalidad consiste en la confrontación entre el sentido normativo atribuido al texto legislativo y el que se le atribuye al texto constitucional, en vistas a establecer su compatibilidad o incompatibilidad, la declaración de inconstitucionalidad siempre conlleva un pronunciamiento sobre el sentido que el Tribunal atribuye a la Constitución. Salvo en el caso de las inconstitucionalidades evidentes –que se puede estimar constituyen o deberían constituir una minoría– la pregunta que surge es si esta declaración sobre el significado de la Constitución tiene algún efecto. Un ejemplo. Si bien no corresponde a un caso de control preventivo, es conocida la declaración del Tribunal<sup>12</sup> respecto de la necesidad de que los decretos de carácter reglamentario lleven la firma del Presidente, y la proscripción, por tanto, de que

<sup>11</sup> Citada en nota 3. El caso español es aún más complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 40. 2 de la misma ley: "En todo caso, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad".

<sup>12</sup> Con ocasión del requerimiento por inconstitucionalidad de un decreto supremo basado en la competencia que, según el Tribunal, le atribuye el art. 82 N° 5 CPR.

los decretos supremos reglamentarios sean expedidos bajo la sola fórmula de “por orden del Presidente” (sentencia recaída en el rol N° 153, Plan Regulador Intercomunal La Serena-Coquimbo). ¿Cómo puede entenderse que esta sentencia tiene fuerza obligatoria? Obviamente, en cuanto el plan regulador atacado es declarado nulo y no podría por tanto ser considerado vigente. Pero más allá de ello ¿no debería estimarse vinculante el pronunciamiento sobre prohibición de emitir decretos reglamentarios “por orden del Presidente de la República”? Si así fuese, el pronunciamiento del Tribunal debiese adquirir para estos efectos la fuerza de ley (y tendría el sentido, por ejemplo, de producir la derogación tácita de todas las normas legales contrarias). No es éste, sin embargo, el caso: numerosas leyes vigentes aún contemplan la posibilidad de que se dicten decretos supremos de naturaleza reglamentaria “por orden del Presidente” y ni la misma Contraloría se siente obligada a acatar la regla de derecho constitucional establecida por el Tribunal Constitucional, en la medida en que toma razón de estos decretos sin objeción alguna.<sup>13</sup>

A falta de regulación sobre el punto, podría pensarse que las consideraciones tenidas a la vista por el Tribunal para decidir una cuestión, en la tradicional distinción entre *obiter dicta* y *ratio decidendi*, no juegan ningún papel en nuestro sistema de control preventivo de constitucionalidad. Pero esto no es así. La propia Constitución prevé un efecto que se extiende más allá de la mera declaración de constitucionalidad. Con base en el art. 83 i. II de la Constitución se puede sostener que se produce un efecto que se encuentra relacionado con lo visto. Si una vez declarado constitucional un precepto se crea una suerte de efecto preclusivo que impide a la Corte Suprema emitir un pronunciamiento de inconstitucionalidad sólo sobre la base del mismo vicio que ya fue considerado y descartado por el Tribunal Constitucional, conservando su facultad para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la ley bajo cualquier otro concepto (vicio), resulta claro que la Constitución está dispuesta a aceptar una contradicción en el resultado del examen (una ley declarada constitucional por el Tribunal Constitucional puede ser declarada inconstitucional por la Corte Suprema),<sup>14</sup> pero no está dispuesta a aceptar contradicciones en los fundamentos usados por uno y otro tribunal en este examen. La única explicación posible para esto es que a la Constitución le interesa conservar unidad, ausencia de contradicción, en el nivel de las afirmaciones que los respectivos órganos jurisdiccionales hacen sobre el sentido o significado de la Constitución. Se produce aquí una modalidad bastante curiosa del efecto de cosa juzgada: la decisión final puede verse altera-

<sup>13</sup> En el caso particular de la Contraloría el problema se plantea en términos complejos. En mi calidad de jefe subrogante de la División Jurídica de la Subsecretaría de Pesca me correspondió hacer presente el año 1998, ante la propia Contraloría, el problema planteado por la interpretación del Tribunal Constitucional, frente a un decreto supremo reglamentario que la legislación pesquera ordenaba se dictara “por orden del Presidente”. La consulta no fue respondida por escrito y se solicitó verbalmente (por parte de la propia Contraloría) que fuese retirada, por cuanto acoger el criterio del Tribunal hubiese implicado ir en contra expreso texto de ley, cuestión que comprensiblemente complicaba mucho a los respectivos funcionarios del órgano contralor.

<sup>14</sup> La regulación constitucional de nuestro sistema de control es altamente deficiente si se mira desde la perspectiva del objetivo de mantener la unidad de la Constitución. Cfr. al respecto mi artículo *Cosa Juzgada Constitucional y Jurisdicción Constitucional*, en Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile, N° 20, vols. 2 y 3, tomo II, 1993, que desarrolla también alguna de las ideas contenidas en el presente trabajo.

da (bien es cierto que para el caso concreto y con la única consecuencia jurídica de la inaplicabilidad); pero los motivos del Tribunal Constitucional para sostener la constitucionalidad de la ley respecto de un vicio específico van a estar revestidos de un efecto de cosa juzgada material, no susceptibles de ser modificados ni siquiera ante otra jurisdicción.

## 7. CONCLUSIONES

Puede apreciarse que el control preventivo de constitucionalidad no constituye un terreno pacífico; su naturaleza de control abstracto abre las puertas para una expansión ilimitada de la actividad jurisdiccional, hacia tareas propias del Poder Constituyente o del Legislativo, si no se tienen en cuenta algunos aspectos básicos de teoría constitucional que constituye, a su vez, la matriz de control racional, no institucional, del órgano de control supremo de la Constitución. Por otra parte, la falta de regulación de los efectos de las sentencias del Tribunal debilita la fuerza normativa de la Constitución en el momento en que más precisa de dicha fuerza, a saber, cuando se le atribuye significado en las decisiones del principal órgano encargado de hacer efectivo su carácter vinculante.