

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales



**Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Centro de Estudios Constitucionales**

Julio de 2006

LIBROTECNIA®

Estudios Constitucionales
Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca
Québec 415 esq. Av. Condell
Providencia • Chile
Página web: www.cecococh.cl / E-mail: cecococh@utalca.cl

REPRESENTANTE LEGAL:

Dr. Juan Antonio Rock Tarud.
Rector de la Universidad de Talca. Chile. jrock@utalca.cl

DIRECTOR:

Humberto Nogueira Alcalá.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional,
Universidad de Talca. Chile. nogueira@utalca.cl

SUBDIRECTOR:

Jorge Precht Pizarro.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Público, Magíster en Derecho Constitucional,
Universidad de Talca. Chile. jorgeprecht@gmail.com

CONSEJO EDITORIAL NACIONAL

Eduardo Aldunate Lizana.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional.
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile. ealdunat@ucv.cl

Andrés Bernasconi Ramírez.
PH. D. Universidad de Boston. Instituto de Políticas Públicas.
Universidad Nacional Andrés Bello. Santiago, Chile. abernasconi@nab.cl

Raúl Bertelsen Repetto.
Magíster en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Vicerrector Universidad
de los Andes. Santiago. Chile. tribunalconstitucional@entelchile.net

José Luis Cea Egaña.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Director del Magíster de
Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. Chile.
tribunalconstitucional@entelchile.net

Kamel Cazor Aliste.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho.
Universidad Católica del Norte. La Serena. Chile. cazor@ucn.cl

Miguel Ángel Fernández.
Magíster en Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional de las
Universidades de los Andes. Pontificia Universidad Católica de Santiago y
Universidad de Talca. Santiago. Chile. mafernande@cb.cl

Emilio Pfeffer Urquiaga.
Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho.
Universidad Diego Portales. Chile. emiliopfeffer@pfeffer.cl

Jorge Tapia Valdés.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad
de Derecho de la Universidad Arturo Prat. Iquique. Chile. jortapia@unap.cl

Francisco Zúñiga Urbina.
Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Central de Chile. Santiago. Chile.
zdc@zdcabogados.cl

CONSEJO CONSULTIVO INTERNACIONAL

Carlos Ayala Corao.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de las Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela. Presidente de la Comisión Andina de Juristas. Ex Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caracas. Venezuela. cayala@cjlegal.net

Paulo Benavides.

Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal do Ceará-UFC. Doctor Honoris causa de la Universidad de Lisboa. Fundador y Director de la Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionales. Fortaleza. Brasil. pbonavides@ultranet.com.br

Eduardo Cifuentes Muñoz.

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Los Andes, Santa Fe de Bogotá. Ex Magistrado y Presidente de la Corte Constitucional de Colombia. Bogotá. Colombia. ecifuentes@uniandes.edu.co

Jorge Carpizzo.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional e Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y ex Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México. México. jcmjur@servidor.unam.mx

Francisco Eguiguren Praeli.

Profesor de Derecho Constitucional y Director Magister en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Perú. eguiguren@speedy.com.pe

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. fdezsegado@der.ucm.es

Carmen María Gutiérrez de Colmenares.

Profesora de Derecho. Universidad Rafael Landívar de Ciudad de Guatemala y ex Magistrada de la Corte Constitucional de Guatemala. ccolmenares@asies.org.gt

Luca Mezzetti.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Bologna y Udine. Italia. mezzettiluca@yahoo.it

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. Magistrado del Tribunal Constitucional español. Madrid. España. pperez@der-pu.uc3m.es / ptrems@tribunalconstitucional.es

Néstor Pedro Sagüés.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y Católica de Rosario. Argentina. nestorsagues@arnet.com.ar

Bases de datos en que figura la Revista Estudios Constitucionales:

www.latindex.unam.mx

<http://biblioteca.atalca.cl>

Correo electrónico: cecoch@atalca.cl

Editado y distribuido por

EDITORIAL LIBROTECNIA

Bombero Salas 1369, Of. 408. Santiago • Chile

Fonofax: (56-2) 6967076

www.librotecnia.cl / info@librotecnia.cl

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Unconstitutionality by omission

Luz Bulnes Aldunate *

RESUMEN

El artículo analiza la facultad de los tribunales constitucionales para determinar la inconstitucionalidad por omisión, en virtud del silencio u omisión de la autoridad de normar un principio o regla constitucional dispuesto por la Constitución explícita o implícitamente.

PALABRAS CLAVE

Tribunal Constitucional, inconstitucionalidad por omisión.

ABSTRACT

This article examines the power of constitutional courts to declare the unconstitutionality of a norm on grounds of the omission by the authority dictating the norm of the regulation of a constitutional principle or rule, be it explicit or implicit.

* Profesora Titular de Derecho Constitucional Universidad Autónoma de Chile. Ex Ministro del Tribunal Constitucional. luzbulnes@mi.cl Recibido el 5 de junio de 2006, aprobado el 14 de junio de 2006.

KEY WORDS

Constitutional Court, unconstitutionality by omission.

1. ASPECTOS DOCTRINARIOS

El principio de supremacía constitucional, sustento del constitucionalismo contemporáneo, supone necesariamente el control y la sanción consecuente de las infracciones a la Constitución, las que pueden originarse tanto en acciones positivas que violenten la ley fundamental como en omisiones que contraríen los preceptos que ella consagra.

La doctrina constitucional de los últimos tiempos se ha preocupado de la facultad que tendrían los Tribunales Constitucionales de intervenir frente al silencio u omisión de la autoridad, silencio que podría devenir en una inconstitucionalidad, si no se cumple con la obligación de normar un precepto o principio impuesto por la Constitución ya sea expresa o implícitamente.

La declaración de la inconstitucionalidad por omisión se traduce generalmente en la constatación por parte del órgano jurisdiccional de la inercia del legislador de dar cumplimiento a la obligación constitucional de dictar leyes ordinarias que desarrollen preceptos constitucionales de manera que dichos preceptos se tornan ineficaces o en las recomendaciones que frente a estas situaciones el Tribunal formula al legislador.

La doctrina define la acción de inconstitucionalidad mediante la cual se solicita la declaración de inconstitucionalidad por omisión como una institución jurídica procesal por la que se demanda la declaratoria de inconstitucionalidad de un órgano del poder público que ha omitido cumplir un deber concreto que la Constitución le asigna expresa o tácitamente de manera que un precepto constitucional resulta ineficaz por su falta de desarrollo, lo que produciría la vulneración constitucional.

La Constitución puede establecer principios y preceptos que impongan al legislador la obligación de establecer normas que los desarrollen. Esta obligación puede estar señalada en forma expresa o puede resultar de su propia naturaleza.

Para que se origine la omisión legislativa se requiere que el silencio del legislador produzca una situación contraria a la Constitución, sea que exista o no la obligación de legislar una determinada materia.

La omisión se caracteriza siempre por el incumplimiento de una obligación, expresa o implícita, de desarrollar una disposición o precepto constitucional.

La doctrina distingue entre distintas clases de omisión, a saber la omisión absoluta y la omisión relativa, la que afecta derechos fundamentales y la que no los afecta y en evitables y no evitables.

Nos referiremos a continuación a la clasificación de absoluta y relativa, que ha recibido especial tratamiento por los autores.

“En otros términos, existen preceptos y principios constitucionales que imponen al legislador la obligación de emitir una o un conjunto de normas que disciplinen algún aspecto del texto constitucional que allí¹ sólo se encuentra delineado en sus rasgos más generales.”²

La omisión absoluta se produce cuando falta todo tipo de actuación del legislador destinada a aplicar el principio o el precepto constitucional.³

Si existen preceptos o principios constitucionales que se esbozan sólo en sus líneas generales y se le entrega al legislador el mandato de desarrollarlos, esta autoridad tendría una obligación impuesta en forma expresa de legislar sobre dichas disposiciones constitucionales.

Cabe la interrogante sobre si el legislador estaría obligado a emitir las normas que disciplinen aquellos aspectos del texto constitucional que sólo se encuentren delineados en sus aspectos generales.

“En las omisiones absolutas hay ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente.”⁴

En cambio, la omisión relativa puede producirse cuando el legislador al normar una materia no respeta derechos adquiridos o no respeta el principio de igualdad ante la ley.

“En las omisiones relativas el legislador al propulsar la norma para obedecer el mandato constitucional, favorece a ciertos grupos y olvida a otros o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros.”⁵

¹ Hernández Valle, Rubén. “Las omisiones legislativas y los derechos prestacionales”, en página internet: [http:// www.google.cl/search?hl=es&q=inconstitucionalidad+por+omisi%C3%B3n&btnG=B%C3%BAsqueda&meta=](http://www.google.cl/search?hl=es&q=inconstitucionalidad+por+omisi%C3%B3n&btnG=B%C3%BAsqueda&meta=)

² Ídem nota anterior.

³ Ídem.

⁴ Bazán, Víctor. 2005, en *Las omisiones constitucionales y su corrección*, cita a Wessel, W., en “La Jurisdicción Constitucional en Chile y en Latinoamérica”. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, p. 326

⁵ Bazán, Víctor, cita a Wessel, W., en obra citada, p. 327.

En otras palabras, habrá omisión relativa toda vez que se produzca un resultado discriminatorio o arbitrario afectando el principio de igualdad y cuando el legislador no introduce disposiciones transitorias que reglamenten los derechos adquiridos de quienes los habían ejercido anteriormente.

Bien sabemos que la acción de inconstitucionalidad se caracteriza porque se solicita al órgano jurisdiccional la nulidad de un precepto legal que es contrario a la Constitución y el tribunal al acceder a ella actúa como legislador negativo en cambio tratándose de la acción de inconstitucionalidad por omisión se requiere al Tribunal para que adopte una acción positiva y recomiende u ordene al órgano legislativo, que no ha cumplido con su obligación constitucional de desarrollar determinados preceptos, que dicte las leyes ordinarias que sean necesarias para dar eficacia a preceptos de obligatorio desarrollo.

El presupuesto de hecho necesario para que podamos hablar de inconstitucionalidad por omisión es la inactividad del órgano legislativo en cumplir, dentro de un plazo predeterminado por la Constitución o dentro de un plazo que pueda estimarse razonable, una obligación o encargo concreto atribuido a él por la norma fundamental de manera tal que se imposibilite la ejecución de las garantías contenidas en ella.

Las sentencias de los Tribunales Constitucionales sobre inconstitucionalidad por omisión pueden ser declarativas que constatan la inconstitucionalidad por omisión y lo comunican al órgano legislativo para que tome las medidas del caso o de recomendación al legislador llamadas también apelativas.

Existen también las sentencias que indican al legislador cómo regular una materia determinada.

De lo anterior distinguimos 3 tipos de sentencias: a) las que constatan la omisión del legislador; b) las que ordenan o recomiendan al legislador que legisle sobre una determinada materia, porque así lo exige la Ley Fundamental o se desprende de la naturaleza del precepto para que sea eficaz, y c) las que junto con recomendar que se legisle le indican al legislador cuál debe ser el contenido de la ley.

En general, las sentencias que se pronuncian sobre la inercia del legislador son de recomendación al legislador o aditivas, que señalan el contenido de la ley que debe dictarse.

2. LA OMISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

La acción de inconstitucionalidad por omisión aparece en el derecho positivo en la Constitución de la República Socialista de Yugoslavia promulgada en 1974, que estableció la atribución de oficio del Tribunal Constitucional de constatar la falta de desarrollo de los preceptos constitucionales cuya aplicación lo requerían, inercia que imposibilitaba la aplicación de disposiciones consagradas en la Constitución.

En la actualidad, la acción de inconstitucionalidad por omisión la encontramos en el Derecho Constitucional de Portugal, y en los siguientes países americanos: Brasil, Venezuela y Costa Rica.

En Portugal la Constitución contempla la procedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión solamente en el caso del silencio del legislador cuando se requieren normas para dar eficacia a preceptos constitucionales que sin el desarrollo legislativo no pueden ser aplicados.

La sentencia del Tribunal Constitucional será una recomendación al legislador para que corrija la omisión.

La sentencia del Tribunal tiene un carácter coercitivo en el sentido que obligaría a legislar, pero la doctrina en general se ha negado a admitir que el Tribunal llene el vacío legislativo e indique el contenido de la legislación omitida.

Comentando esta atribución del Tribunal Constitucional portugués, José Manuel Moreira nos dice:

“Efectivamente el Tribunal Constitucional portugués tiene una competencia para controlar las omisiones del legislador. Es algo singular, muy raro, creo que en algunos países del este europeos de los años 90, han introducido algo parecido, pero en las constituciones que han creado Tribunales Constitucionales antes del nuestro, la italiana, la alemana, la austriaca, etc., no hay nada de esto que se explica por una razón histórica que tiene que ver con el hecho del carácter acentuadamente programático de la Constitución portuguesa, sobre todo en su versión original del 76.

Era una Constitución muy empeñada en lo social, para no decir de una orientación socialista, que después con las sucesivas revisiones ha perdido mucho de ello, casi todo su radicalismo, pero conserva trazos sociales muy marcados y una orientación programática muy marcada, lo cual exige una intervención legislativa para poner de pie algunas instituciones y algunas normas jurídicas en algunos sectores que tienen que ver con esta orientación social.

Este control de inconstitucionalidad por omisión se refiere solamente a intervenciones legislativas específicas, no es un control de la omisión del legislador en general, lo que se dice es que el Tribunal puede declarar la inconstitucionalidad cuando hace falta una norma jurídica para tornar efectivo un precepto de la Constitución; cuando son necesarias algunas medidas legislativas necesarias para tornar efectivas, accesibles, las normas constitucionales. Es solamente un control cuando hace falta una ley específica para dar cumplimiento a una exigencia constitucional.

El Tribunal ha ejercido estas competencias raramente, “hemos tenido cinco o seis solicitudes, solamente y en dos casos hemos concluido que hacía falta una ley para dar cumplimiento a esta tarea constitucional”.⁶

La legitimación activa en el derecho portugués recae en el Presidente de la República, en el Ombudsman y en los Presidentes de las Asambleas Legislativas. El Tribunal Constitucional verifica si se ha producido un incumplimiento inconstitucional, como consecuencia de no haberse legislado para hacer efectivos los preceptos constitucionales.

En Brasil la Constitución de 1988 contempla la inconstitucionalidad por omisión en un sentido amplio y tratándose de la omisión del órgano legislativo el Tribunal Supremo se limita a dictar una sentencia declarativa que establezca la omisión con el objeto que ésta se corrija.

En Costa Rica el Derecho Constitucional contempla la acción de inconstitucionalidad por omisión y su regulación se asemeja a la contemplada en el Derecho Constitucional brasileño.

En la Constitución de Venezuela de 1999 se establece la institución de la inconstitucionalidad por omisión en que incurre el poder legislativo cuando no ha dictado las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución o las haya dictado en forma incompleta, y de ser necesario la sentencia determina la inconstitucionalidad de la conducta negativa o inercia del legislador y le señala un plazo para corregir la inconstitucionalidad declarada.

En España la inconstitucionalidad por omisión no la contempla el ordenamiento jurídico español, pero el Tribunal Constitucional ha admitido su existencia cuando la Constitución impone al legislador la obligación de dictar normas de desarro-

⁶ Moreira Cardoso da Costa, José Manuel. 2002. “Tópicos sobre competencias e integración del tribunal Constitucional de Portugal”. *Revista Ius et Praxis*, año 8 N°1, Talca, Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca.

llo constitucional y el legislador no lo hace en el plazo señalado o en un tiempo razonable. De ser necesario el Tribunal Supremo podrá indicar los “lineamientos de su corrección”, los que quedan al arbitrio del órgano jurisdiccional.

En Chile la posibilidad de la inconstitucionalidad por omisión ha sido excepcionalmente tratada por los autores y por la jurisprudencia.

En sus comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Patricio Zapata aborda esta temática y hace ver cómo el Tribunal Constitucional español ha admitido los vicios omisivos de inconstitucionalidad.

Cita este autor a Ángel Garrorena, quien señala: “la extremada delicadeza política de tal supuesto que no necesita ser destacada: implica nada menos que el eventual paso del control negativo al control positivo de constitucionalidad; en otras palabras viene a suponer no tanto la negación o anulación de lo que, siendo inconstitucional, fue puesto por el legislador, cuanto la adición (en una arriesgada, sorprendente y discutiblemente subrogatoria intervención normativa positiva) de aquello que, siendo constitucionalmente debido, el legislador dejó de poner”.

Cita, igualmente al Tribunal Constitucional español que en un intento de definir este instituto ha dicho: “debemos señalar que no resulta fácil admitir la figura de la inconstitucionalidad por omisión que los recurrentes intentan articular; alegando que el legislador debió aprovechar la ocasión que le brindaba la ley 48/1981, para reestructurar la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, pues la inconstitucionalidad por omisión sólo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace”.⁷

Esta tendencia se ha desarrollado también en Italia y en Alemania sin que exista una autorización expresa en los respectivos textos constitucionales que permitan al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre las omisiones del legislador.

La Corte Constitucional italiana ha empleado el sistema de las llamadas “amoniciones” al legislador, las que dependiendo de los supuestos pueden ser más o menos específicas y precisas y la indicación que la Corte dirige al legislador de que en caso que éste se mantenga en la inactividad intervendrá nuevamente, declarando la inconstitucionalidad de la disposición impugnada, pasa a ser una amenaza de reemplazar al órgano legislador.

⁷ Zapata, Patricio. 2002. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Santiago, Chile, Biblioteca Americana Universidad Andrés Bello.

La Corte Constitucional italiana ha dictado también sentencias aditivas en las que junto con declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada le indica al legislador los principios a que debe atenerse el legislador y aun le ha señalado los plazos en que debe dictar la nueva reglamentación.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, en sus considerandos, se recomienda al legislador una nueva redacción de la norma conforme a la concepción jurídica del Tribunal.

3. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN CHILE

Este tipo de inconstitucionalidad no la contempla nuestro ordenamiento jurídico y no existe acción positiva para exigirla, aunque en algunas sentencias del Tribunal Constitucional se han formulado recomendaciones al legislador y se han declarado inconstitucionalidades por falta de desarrollo legislativo de preceptos constitucionales.

Sobre esta materia debemos distinguir la declaración de inconstitucionalidad de omisión de un proyecto de ley y su consiguiente anulación de las sentencias que frente al vacío legislativo se limitan a formular recomendaciones al legislador.

Nuestro ordenamiento jurídico no contempla la posibilidad de requerir al órgano jurisdiccional frente a la omisión o inercia del legislador, sin embargo en varias de sus sentencias el Tribunal Constitucional ha seguido el criterio de formular advertencias al legislador, siendo la primera de ellas el Rol 53 sobre Votaciones Populares y Escrutinios, en la que el Tribunal “hace presente a la H. Junta de Gobierno, la necesidad de complementar, oportunamente, esta ley con las materias indicadas en los considerandos 11, 18, 19 y 25 de esta sentencia”.

Comentando este fallo Zapata nos dice: “Fue recién en 1988 transcurridos 7 años desde su entrada en funciones, que el Tribunal Constitucional se aventuró a introducir la técnica jurisprudencial de las ‘advertencias al legislador’”.

En el caso en estudio –control del proyecto de Ley Orgánica de Votaciones Populares y Escrutinios– el Tribunal Constitucional constató algunos importantes vacíos en el proyecto remitido por la Junta de Gobierno.

Desde una perspectiva estricta, la existencia de las referidas omisiones podría haber llegado a justificar una declaración global de inconstitucionalidad que afectara el conjunto del proyecto. El Tribunal, sin embargo, desechó tal camino, expresando: “algunos puntos específicos de ellas que no aparecen suficientemente

regulados lo que si bien no permite, razonablemente, sostener la inconstitucionalidad general del proyecto, sí aconseja hacerlos presente, sobre el objeto de prevenir sobre la necesidad de legislar sobre ellos, a fin de evitar que por su falta de regulación se produzcan vacíos que dificulten el cabal cumplimiento de la voluntad legislativa, en conformidad a las prescripciones de la Carta Fundamental”.⁸

El Tribunal en otras sentencias ha seguido también el criterio de las advertencias al legislador sin que ello vincule al órgano legislativo para legislar en el sentido que se le ha indicado, como es el caso de la sentencia sobre restricción vehicular en que el Tribunal “insta a los Poderes Colegisladores a llenar el vacío que se produjo luego de haberse declarado la inconstitucionalidad del artículo 49 del proyecto de la actual ley 19.300, por sentencia de 28 de febrero de 1994, Rol N° 185, y cuyo texto original está en el artículo 34 del proyecto contenido en el Mensaje enviado por el Presidente de la República al Congreso Nacional en septiembre de 1992”.⁹

Sobre la inconstitucionalidad por omisión cabe destacar la sentencia contenida en el rol N° 389 de octubre del año 2003, que declaró inconstitucional los artículos 2 inciso primero letra j y 8 del proyecto de ley que creó “La Unidad de Análisis Financiero” por vulnerar el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política que establece la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y el derecho a la defensa jurídica.

En esta sentencia el Tribunal se apartó de su doctrina de formular simples recomendaciones al legislador y derechamente frente a una omisión del órgano legislativo declaró la inconstitucionalidad de dos disposiciones del proyecto de ley por haber omitido dictar las normas que permitieran una adecuada defensa de los derechos de los afectados, lo que impedía que se cumpliera con las obligaciones que el Poder Constituyente le impone al legislador en el artículo 19 número 3 de la Ley Fundamental.

Las normas declaradas inconstitucionales fueron las siguientes:

1. Artículo 2° inciso primero letra j), que comprende entre las atribuciones de la Unidad de Análisis Financiero la siguiente: “Imponer las sanciones administrativas que establece la presente ley”.

2. Artículo 8° que dispone:

“Sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pudiere corresponderles, las personas naturales o jurídicas señaladas en el inciso primero del artículo 3°

⁸ Ribera Teodoro. 1989. “El Tribunal Constitucional y su aporte al desarrollo del derecho”. *Centro de Revista Estudios Públicos* N° 34, otoño de 1989. Santiago, Centro de Estudios Públicos.

⁹ Rol N° 325, de 26 de junio de 2001.

que no cumplan con el deber de informar contemplado en ese artículo o lo hagan contraviniendo lo instruido por la Unidad para tal efecto, y aquellas que infrinjan las obligaciones establecidas en los artículos 4º y 5º de esta ley por el Director de la Unidad con algunas de las siguientes sanciones:...”.

Sustentó esta inconstitucionalidad en los considerandos que se transcriben a continuación:

Trigésimo tercero: “Que del análisis de las disposiciones transcritas en el considerando anterior, se desprende que no se contempla en ellas procedimiento alguno que permita al afectado una adecuada defensa de sus derechos, en sede administrativa, en forma previa a la imposición de alguna de las sanciones que el artículo 8 establece”;

Trigésimo cuarto: “Que, resulta evidente, por lo tanto, que el Legislador ha dejado de cumplir con la obligación que el Poder Constituyente le impone, de dictar las normas tendientes a asegurar la protección y defensa jurídica de los derechos fundamentales de quienes se encuentran comprendidos en las situaciones que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8, determinan la imposición de una sanción.

Más aún, ello puede traer como consecuencia el lesionar el ejercicio de los derechos comprometidos, circunstancia que pugna con las garantías que en los incisos primero y segundo del numeral tercero del artículo 19 de la Carta Fundamental consagra para resguardarlos”.¹⁰

El Tribunal en este fallo no se limitó a darle recomendaciones al legislador y optó por el camino de declarar la inconstitucionalidad indicando que el legislador no estableció los preceptos necesarios para el ejercicio de los derechos que consagra en el artículo 19 N° 3, que en sus incisos primero y segundo señala:

Artículo 19 inciso primero: “La Constitución asegura a todas las personas: la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”.

Inciso segundo: “Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale...”.

La declaración de inconstitucionalidad por no haber legislado complementando el derecho de la defensa jurídica que establece la Constitución importa un reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión.

¹⁰ Tribunal Constitucional Rol N° 389, de 18 de diciembre de 2003.

Reiteramos las disposiciones indicadas del proyecto de ley sometidas al control obligatorio del Tribunal Constitucional fueron declaradas inconstitucionales por la inercia o silencio del legislador que estaba obligado por el mandato del constituyente a establecer en la ley los procedimientos necesarios para una adecuada defensa jurídica frente a la posibilidad que se otorgaba al organismo público de imponer sanciones.

La defensa jurídica es un derecho individual que se remite a la ley y si el legislador no legisla el derecho no puede ejercerse cabalmente.

5. CONCLUSIÓN

Los Tribunales Constitucionales tienen como misión resguardar el principio de la supremacía constitucional, el que no solamente requiere de la consagración constitucional, sino que también de acuerdo con las nuevas tendencias debe complementarse con la acción de los distintos órganos constitucionales. Se exige la voluntad de cumplir la Constitución y de castigar las infracciones a ella, las que pueden producirse por acciones de los órganos legislativos o por omisiones de ellos.

Si se habla de inconstitucionalidad por omisión se plantea la duda que podríamos estar refiriéndonos a la posibilidad que el Tribunal Constitucional dicte sentencias por las que legisle positivamente, atribución que gran parte de la doctrina niega, sosteniendo que estos órganos constitucionales sólo son un legislador negativo porque la labor tradicional que los consagró como órganos constitucionales fue la derogación de la ley inconstitucional. De aquí que la doctrina lo clasifique casi universalmente con el calificativo de “legislador negativo”.

Frente a las nuevas tendencias constitucionales los autores formulan acertadamente la diferencia entre declarar la incompatibilidad de normas de diferente jerarquía y la labor del control concentrado cuando entra en el ámbito del legislador llenando los vacíos que éste no ha desarrollado.

La doctrina en general reconoce que es peligroso, desde el punto de vista de los principios clásicos, pretender que el Tribunal sustituya al Parlamento y aborde el campo que le corresponde al legislador.

El constitucionalista peruano Quispe Correa ha planteado que la posibilidad que los ordenamientos jurídicos positivos le den al Tribunal la facultad de declarar la inconstitucionalidad por omisión atentaría contra el principio clásico de separación de funciones, que aunque se haya atenuado en el mundo moderno, es uno de los pilares de la democracia y del estado de derecho. Bien dice este

autor que la separación de funciones fue concebida para evitar la concentración del poder y que se dañe la libertad humana.¹¹

Esta posibilidad del derecho positivo de reconocer en los ordenamientos jurídicos la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad por omisión plantea diversas interrogantes como que los Tribunales Constitucionales aborden el campo del legislador y no sólo recomienden legislar sino que entren derechamente a pronunciarse sobre el contenido de la ley omitida, atribución que han ejercido en Italia y en otras jurisdicciones con las sentencias aditivas.

El desarrollo de la declaración de la inconstitucionalidad por omisión en la doctrina constitucional y en el reconocimiento de esta facultad a los Tribunales Constitucionales frente a los silencios legislativos, se justificaría en las normas programáticas, como es el caso de la Constitución de Portugal y que bien lo reconocen sus comentaristas.

A nuestro juicio, los Tribunales Constitucionales son órganos jurisdiccionales a los que la doctrina constitucional en el mundo de hoy los visualiza no sólo como los guardianes de las normas de la Constitución sino que también de los principios y valores que inspiran su contenido, de allí que para cumplir con esta labor deban controlar no sólo las acciones positivas de los órganos constitucionales, sino que admitir igualmente su intervención en aquellos casos en que la Carta Fundamental se remite al legislador, para que estos órganos cumplan con lo encomendado, pues de otra forma se desvirtuaría el espíritu que inspira el texto fundamental.

Ejemplo de esta afirmación es la sentencia citada, Rol N° 389, que declaró la inconstitucionalidad de varios artículos del proyecto de ley de la Unidad de Análisis Financiero, pues se autorizaba la aplicación de sanciones sin regular la posibilidad previa del derecho a la defensa jurídica, derecho que por la norma constitucional remite a la ley.

En principio, tenemos que reconocer que la idea de la inconstitucionalidad por omisión es el resultado de la evolución de la jurisprudencia constitucional y que no nació con la idea primitiva de estos órganos. Sin embargo, el desarrollo de la doctrina de la aplicación directa de los derechos constitucionales ha hecho inevitable que los Tribunales Constitucionales se pronuncien sobre la inercia del legislador, cuando ello impide el ejercicio de derechos constitucionales o de los valores que los sustentan.

¹¹ Correa, Quispe. 2006. "¿Inconstitucionalidad por omisión?", artículo publicado en este número de la *Revista Estudios Constitucionales*.

Ahora bien, este pronunciamiento, si no existe una autorización expresa sobre la materia, debe limitarse y no ir más allá de la constatación de la omisión o de las recomendaciones al legislador, siendo cuestionable que definiera el contenido de las normas omitidas, pues ello representaría una evidente violación a las competencias del legislador: entrar a un ámbito que el constituyente no le ha asignado.

Nuestro ordenamiento jurídico positivo no contempla ni la posibilidad de la inconstitucionalidad por omisión ni la acción para solicitar esta declaración y si encontramos declaraciones de inconstitucionalidad sustentadas en la inercia del legislador, en la jurisprudencia de la jurisdicción constitucional, ello representa la adopción de nuevas doctrinas tendientes a darle efectividad a los derechos y a los valores constitucionales.

Junto a estas nuevas tendencias se mantienen siempre presentes los principios clásicos como la separación de funciones y surge cada vez con mayor fuerza la idea de la responsabilidad de los gobernantes y cómo se hace efectiva.

Vemos cómo las nuevas tendencias llevan inevitablemente a delinear nuevas instituciones que permitan hacer efectivas las también nuevas responsabilidades que surgen.

BIBLIOGRAFÍA

- Bazán, Víctor. 2005. "Las omisiones constitucionales y su corrección" en Nogueira Alcalá, Humberto (Coord). *La Jurisdicción Constitucional en Chile y en Latinoamérica*. Santiago, Ed. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.
- Hernández Valle, Rubén. "Las omisiones legislativas y los derechos prestacionales", pagina Internet *Incontitucionalidad por omisión* <http://www.google.cl/search?hl=es&q=inconstitucionalidad+por+omisi%C3%B3n&btnG=B%C3%BAqueda&meta=>
- Moreira Cardoso da Costa, José Manuel. 2002. "Tópicos sobre competencias e integración del tribunal Constitucional de Portugal". *Revista Ius et Praxis*, año 8 N° 1, Talca, Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca.
- Quispe Correa, Alfredo. 2006. ¿La inconstitucionalidad por omisión?, inédito. Se publica en este mismo volumen de la *Revista de Estudios Constitucionales*.

Ribera Teodoro. 1989. "El Tribunal Constitucional y su aporte al desarrollo del derecho". *Centro de Revista Estudios Públicos* N° 34, Otoño de 1989. Santiago, Centro de Estudios Públicos.

Zapata, Patricio. 2002. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Santiago, Chile, Biblioteca Americana Universidad Andrés Bello.