

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 Magíster 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 SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SU EVENTUAL CARÁCTER VINCULANTE Y LA INSERCIÓN EN LAS FUENTES DEL DERECHO

*Decisions by the Constitutional Court: possible stare decisis
effects and position in the system of sources of the law*

Miguel Ángel Fernández *

RESUMEN

El artículo analiza las bases de lo que denomina un constitucionalismo humanista, para luego reflexionar sobre el carácter de precedente vinculante de la sentencia del Tribunal Constitucional chileno, como asimismo, algunas reflexiones finales sobre la sentencia judicial y el sistema de fuentes del derecho.

PALABRAS CLAVE

Jurisdicción constitucional. Tribunal Constitucional. Sentencia Constitucional.

ABSTRACT

The article analyzes the bases of what is called humanistic constitutionalism, as grounds for a reflection on the force of precedent of the decisions handed down by Chile's Constitutional Court. The final section deals with the matter of judicial decisions and the system of sources of the law.

* El autor es Magíster en Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Profesor del Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad de Talca. Director de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Correo electrónico: mafernande@cb.cl Recibido el 26 de abril de 2006. Aprobado el 15 de mayo de 2006.

KEY WORDS

Constitutional jurisdiction, Constitutional Court, Constitutional decision.

I. INTRODUCCIÓN

El Centro de Estudios Constitucionales nos vuelve a convocar para seguir pensando el Derecho Constitucional, proyectándolo, ahora, a partir de una de las más importantes consecuencias de la reforma introducida a la Carta Fundamental el 26 de agosto de 2005,¹ el profundo cambio a la Justicia Constitucional. Cabe, por ello, agradecer a su Director, Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional, profesor Humberto Nogueira Alcalá, por su llamado a participar en esta reflexión.

En este artículo se debe revisar, desde una perspectiva introductoria, *el carácter vinculante y la inserción en las fuentes* del Derecho Chileno del precedente constitucional emanado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.²

El asunto adquiere mayor interés, del que ya de por sí posee, dado el reconocimiento del precedente en el proyecto de ley que adecua la ley orgánica constitucional del Tribunal a la referida reforma de 26 de agosto de 2005, aunque ahora de manera indirecta, pero ineludible, después del texto aprobado en primer trámite por la Cámara de Diputados.

No obstante y antes de abordar los dos asuntos que se me han pedido, me parece útil contextualizarlos en el marco de la posición que corresponde a la Justicia Constitucional y, más específicamente, al Tribunal, en el Constitucionalismo Humanista, en el cual ya definitivamente se sitúa nuestra Carta Fundamental.

II. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL CONSTITUCIONALISMO HUMANISTA

En diversos encuentros académicos,³ he venido recordando las *sustanciales modificaciones*, que está viviendo el Derecho Constitucional y, con él, todo el

¹ Día de la publicación en el Diario Oficial de la Ley N° 20.050 que la contiene.

² En adelante, indistintamente, “el Tribunal”.

³ Sobre esa visión, léase Fernández González, Miguel Ángel. 2005. “Bases de los Tribunales Constitucionales en el constitucionalismo humanista”, Humberto Nogueira Alcalá (coordinador), *Jurisdicción constitucional en Chile y América Latina: presente y prospectiva*, Santiago, Ed. LexisNexis, pp. 7-38; y “Constitución y casación: ¿de la falta de aplicación al monopolio constitucio-

Derecho en nuestro país, ya que estamos abandonando una fase en que la Constitución y el resto de las normas sólo se concebían originadas y centradas en el Estado para situarse, ahora, en una concepción jurídica cuyo eje es *la persona* a la que protege y cuyos derechos promueve.

De hecho, la reforma de 26 de agosto se enmarca, exactamente, en ese criterio, v. gr., cuando incorpora los principios de probidad y publicidad en el artículo 8º de la Constitución; o al flexibilizar el estatuto de la nacionalidad y adecuar algunas disposiciones de la Carta Fundamental al nuevo proceso penal; o al incorporar la citación a los Ministros, en audiencias públicas, como medio de fiscalización parlamentaria; o en fin, al extender el control de constitucionalidad a ciertos autos acordados y al dotar de renovada utilidad al recurso de inaplicabilidad, llevándolo desde la Corte Suprema al remozado Tribunal Constitucional.

1. Explicación

Las Constituciones concebidas, inicialmente, para la organización y limitación de los poderes públicos, han devenido en *textos jurídicos al alcance de las personas* y de los grupos que ellas forman e integran voluntariamente, *susceptibles de ser esgrimidas* en la defensa de sus derechos, especialmente, *ante los Tribunales* y ello no sólo en causas de relevancia constitucional, sino que en cualquier materia de litigación, sea civil o criminal, de menores o laboral, tributaria o contenciosa administrativa, y aun en las jurisdicciones especiales y hasta frente a los procedimientos de fiscalización y control quien quiera los lleve a cabo, como las autoridades administrativas, los empleadores o directivos en colegios, universidades, o cuerpos intermedios, o la Cámara de Diputados en la acusación constitucional.

Más claro resulta ello cuando el recurso de inaplicabilidad y el de inconstitucionalidad se abren, conforme al artículo 93 N° 6 y N° 7 de la Constitución con amplia legitimación activa.

Ello exige, por ende, la interpretación flexible de la preceptiva constitucional en la materia v.gr., ampliando al máximo la noción de *gestión pendiente*; disminuyendo, con igual intensidad, la rigidez del control de admisibilidad; no im-

nal?, *Estudios Constitucionales*, Año 3 N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, 2005, pp. 97-126. Así también, en el Seminario sobre la Nueva Justicia Constitucional en Chile, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, los días 5 y 6 de enero de 2006, donde expuse acerca de "La nueva declaración de inconstitucionalidad", la cual tuvo oportunidad de complementar y actualizar en un encuentro organizado en el Colegio de Abogados, el 23 de marzo de 2006.

niendo barreras de entrada al Tribunal, sino sancionando el abuso a través de la condena en costas, en fin advirtiéndole que cualquier juez, sea del Poder Judicial o no, puede requerir al Tribunal, conforme al ya aludido artículo 93 N° 6; y que, en el caso del N° 7, hay amplísima acción popular.

He destacado, en consecuencia, el paso *desde un Constitucionalismo del Estado*, preferentemente orientado a definir las competencias de los órganos públicos y a configurar sus lineamientos básicos, sobre la base del *principio de separación de funciones*, a un *Derecho Constitucional centrado en la persona y en sus derechos inherentes e inalienables*, pues ya “al empezar a participar en los seminarios *en el curso 1959 / 1960* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Munich (...), la impresión que se obtenía era muy clara: *El gran tema eran los derechos fundamentales (...)*”.⁴

2. Comparación

Vuelvo a repetir el esquema en que he resumido algunas de las diferencias entre el Constitucionalismo Humanista y su predecesor centrado en el Estado:

	<i>Constitucionalismo del Estado</i>	<i>Constitucionalismo Humanista</i>
Núcleo	: Órganos estatales	Persona humana
Objetivo	: Limitación del Poder	Defensa y promoción derechos humanos
Contenido básico	: Organización y funcionamiento del Poder	Constitución plena
Régimen político	: Democracia de reglas mínimas	Democracia sustantiva y participativa
Teoría jurídica	: Positivismo	Axiologismo
Extensión	: A las relaciones estatales	A todas las relaciones sean o no estatales
Valor derechos	: Sólo oponibles al Estado	Eficacia horizontal y efecto reflejo
Resguardo	: Por el legislador	Por todos los órganos; y jueces palabra final

⁴ Gallego Anabitarte, Alfredo. 1994. *Derechos fundamentales y garantías institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, Ed. Civitas, pp. 23-24.

Fuerza	: Indirecta o mediata	Directa o fuerza normativa
Efectos	: Sólo en las relaciones interestatales	Constitucionalización
Supremacía	: Formal sobre las normas estatales	Formal y material sobre todas las conductas
Concepción	: Derecho Público y Derecho Privado	Sistema de normas en tridimensionalidad
Rol del Estado	: Respeto a los derechos	Respeto y promoción
Cometidos	: Estado Abstencionista o colectivista	Estado Subsidiario
RR.EE.	: Autárquicas o estatalizadas	Globalización y paradiplomacia
Fuentes	: Jerarquía kelseniana	Bloque de constitucionalidad

Del cuadro anterior, es necesario rescatar que el resguardo del modelo, que en el Constitucionalismo del Estado quedaba, superlativamente, en manos del legislador, conforme al principio revolucionario de soberanía de la ley; corresponde ahora, en el Constitucionalismo Humanista, a todos los órganos del Estado, pues la Carta Fundamental goza de fuerza normativa directa que obliga a todos –incluyendo a los jueces– a respetarla.

En ese esquema, el Tribunal Constitucional tiene, entonces, la palabra final, aunque no la única ni menos el monopolio de la interpretación y aplicación de la Constitución, ya que es inadmisibles sostener que la Constitución despliega el *enorme arsenal de principios y normas* que ella contiene, aplicables a todos los actos, estatales o privados, para luego *constreñir la potestad para interpretarla y aplicarla*, desde el ángulo orgánico, nada más que a uno o a algunos de los agentes estatales, lesionándose así el Estado Constitucional y Democrático de Derecho.⁵

3. Aplicación a la Justicia Constitucional

Indudablemente que, en el contexto descrito, uno de los impactos más profundos del Constitucionalismo Humanista ocurre en relación con los órganos encargados de asegurar el respeto, vigencia y eficacia de la Carta Fundamental, de lo cual se sigue la sujeción de todos a ella, comenzando por la ley, otrora –en el Constitucionalismo del Estado– soberana y hoy sujeta también a los principios y normas, o sea al plexo de valores, que se aseguran en la Constitución.

⁵ Martínez Estay, José Ignacio. 2005. “El sistema europeo-continental de Justicia Constitucional”, publicado en *Estudios Constitucionales*, Año 3 N° 1, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, pp. 149-171.

Cabe recordar aquí la explicación de *Alexy*, para concordar con ella, según la cual “pueden distinguirse dos concepciones básicas del sistema jurídico: la del constitucionalismo y la del legalismo”.⁶ A propósito de la primera, el autor referido afirma que “el ejemplo más importante de una posición constitucionalista lo ofrece la axiología del Tribunal Constitucional federal (de Alemania). De acuerdo con esta concepción, que fuera plenamente elaborada por primera vez en el fallo *Lüth* del año 1958, la Ley Fundamental contiene en su capítulo sobre derechos fundamentales un ‘orden objetivo de valores’ que, en tanto ‘decisión iusconstitucional fundamental’, vale para todos los ámbitos del derecho y del cual reciben ‘directrices e impulsos’ la legislación, la administración y la justicia. La suposición de que, a más de las normas de tipo tradicional, al sistema jurídico pertenecen también valores que, en tanto valores de rango constitucional, ejercen un ‘efecto de irradiación’ en todo el derecho ordinario tiene amplias consecuencias. La Constitución no es ya sólo base de autorización y marco del derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad e igualdad y de Estado de derecho, democracia y estado social, la Constitución proporciona un contenido sustancial al sistema jurídico (...)”.⁷

Pues bien y junto con la sujeción, formal y sustantiva, de la ley y, por ende, de todo el resto del ordenamiento jurídico, a la Constitución, surge nítido, en el Constitucionalismo Humanista, que el juez es el supremo garante de la Carta Fundamental y, su sentencia, la última palabra en la defensa de los derechos fundamentales.

4. Posición del Tribunal

“Ahora bien —explicaba Manuel Jiménez Bulnes cuando presidía el Tribunal—, esta función de velar por la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales que tiene el Tribunal Constitucional lo hace normalmente merecedor del título de garante de la Constitución por excelencia; pero es del caso dejar en claro que no es el único órgano obligado a defender la Constitución, pues tal defensa es un deber general de todos los órganos del Estado, de sus integrantes y de toda persona, institución o grupo, según se desprende, entre otros preceptos, de los artículos 6º y 7º de la Constitución al prescribirles su acatamiento y actuación conforme a ella (...).

Pero la gran diferencia existente entre los órganos e instituciones encargados también de la defensa de la Constitución es que esta obligación es en general un

⁶ Alexy, Robert. 2004. *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa Editorial, p. 159.

⁷ *Id.*

deber genérico y la consecuencia necesaria del cumplimiento de otras funciones o de una más entre ellas. En cambio, para el Tribunal Constitucional, su única razón de ser y existir, es la defensa de la totalidad de la Constitución y no sólo de una de sus partes”.⁸

Efectivamente, si en el Constitucionalismo del Estado el juez quedaba constreñido a ser la boca que pronunciaba las palabras de la ley, como expresaba *Montesquieu*, hoy le corresponde, sobre la base de la interpretación y aplicación directa de la Carta Fundamental, la defensa y promoción de los derechos humanos, evaluando, permanentemente, el apego de las decisiones estatales y de los particulares a esa finalidad esencial, aunque, sin confundir esto, con poder omnímodo e ilimitado, ya que, como nos recuerda *Tocqueville*, “los americanos han conferido, pues, a sus tribunales un inmenso poder político, pero *al obligarles a no atacar las leyes sino por medios judiciales han reducido grandemente los peligros de ese poder*”.⁹

De esta manera y como corolario del Constitucionalismo Humanista, la configuración original del Tribunal Constitucional, concebido sólo como Legislador Negativo, resulta también revisada, aproximándose al modelo de control de constitucionalidad alemán o norteamericano:

“El sistema norteamericano de control judicial de la ley se apoyaba... en dos grandes premisas: La supremacía constitucional (...) y (...) una cierta filosofía de la separación de poderes que atribuye al juez una posición neutral, pasiva y garantista (...). Y, sin embargo, el diseño principal de la justicia constitucional europea no supuso propiamente una abdicación absoluta de su propia tradición o, si se prefiere, una acogida pura y simple de la herencia americana; más concretamente el que pudiéramos calificar como gran invento del Tribunal Constitucional europeo es obra de un positivista convencido y, sobre todo, de un defensor a ultranza del legislador democrático frente al activismo judicial y frente a la autonomía del Gobierno, H. Kelsen. Su modelo de justicia constitucional expresa tal vez la culminación del Estado de Derecho europeo, lo más lejos que éste podía llegar desde su concepción de la soberanía estatal y de la Constitución como orden jurídico del Estado, no sobre el Estado.

(...)

(...) la Constitución ya no es sólo la norma suprema dirigida a condicionar de forma directa la labor legislativa y aplicable por los jueces únicamente a través

⁸ Discurso pronunciado por el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Constitucional, don Manuel Jiménez Bulnes, el 29 de enero de 1996, reproducido en *Fallos del Tribunal Constitucional Pronunciados entre el 16 de julio de 1992 y el 22 de enero de 1996*, Santiago, editado por el Tribunal Constitucional, 1996, p. 472. Y lo reitera en su discurso pronunciado en enero de 1997, p. 4.

⁹ Alexis de Tocqueville. 1984. I *La Democracia en América*, Madrid, Ed. Sarpe, p. 112.

del tamiz de la ley, sino que es la norma suprema que pretende proyectarse sobre el conjunto de los operadores jurídicos a fin de configurar en su conjunto el orden social. Como escribe Guastini, la función política de las Constituciones puede entenderse de dos formas: Bien como límite al poder, bien como instrumento de modelación del orden social (...).¹⁰

Por lo expuesto, el rol del Tribunal Constitucional cambia sustancialmente, ya que, desde su concepción original como legislador negativo, cuya tarea principal era dirimir conflicto entre el Gobierno y el Congreso; pasa a ser garante de la Carta Fundamental, o sea y en definitiva, del respeto de los derechos que ella asegura.

5. Evolución

Es nítida, en este sentido, la evolución que ha vivido nuestro propio Tribunal. Así, en su primera época, a comienzos de los años 70, fue concebido, en el epígono del Constitucionalismo del Estado de Chile, en su vertiente *kelseniana* más pura. Esa condición la mantuvo, inicialmente, en su segunda época, entre 1980 y 2005, aun cuando ya comenzó a entender, en la nueva dimensión del Constitucionalismo Humanista, que el ejercicio de sus atribuciones debía orientarse, preferentemente, hacia la defensa y promoción de los derechos de las personas.

De hecho, no es de extrañar que las sentencias más paradigmáticas de aquel cuarto de siglo versen sobre la defensa de los derechos fundamentales, v. gr., Letreros Camineros y Deuda Subordinada, aunque obrando con la timidez propia de tiempo en transición, cuyo salto decisivo sobreviene —más claramente— desde 2003, anticipándose al papel que le habría de asignar la reforma de 26 de agosto, a partir, tal vez, del *Rol N° 370* y produciendo después sentencias como Unidad de Análisis Financiero o Jornada Escolar Completa.

La tercera etapa, recogiendo aquel derrotero y fundada en la legitimidad ganada por el Tribunal, se abre desde el 27 de febrero de 2006 cuando comienza la aplicación de la nueva preceptiva que lo rige, en los artículos 92, 93 y 94 de la Constitución. Será una etapa en la que el Tribunal deberá ser el más notable defensor de los derechos asegurados en la Carta Fundamental, irradiando el Sistema Jurídico completo y a todos los demás órganos del Estado en su papel de garante supremo, o sea, máximo y final de la Constitución.

¹⁰ Prieto Sanchís, Luis. 2003. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, pp. 80 y 121.

Sobre esa base, avanzo a continuación a las dos cuestiones que me han sido planteadas: El carácter vinculante del precedente emanado del Tribunal y su inserción en las fuentes del Derecho Chileno.

III. REFLEXIONES EN TORNO DEL PRECEDENTE

Antes de abordar el precedente en las sentencias del Tribunal, sin embargo, no puedo dejar de aludir, en breves líneas, a su renovadísima integración, pues a pesar de que se trata de un asunto que puede calificarse como coyuntural, refuerza la necesidad de infundir certeza jurídica a la jurisprudencia emanada de aquella Magistratura.

6. Nueva composición del Tribunal

La reforma constitucional de 26 de agosto ha modificado sustancialmente al Tribunal, tanto en su composición y estatuto cuanto en sus atribuciones, así como en los efectos de sus decisiones. Aquello tiene que ser complementado por los cambios pertinentes a la ley orgánica constitucional que lo rige.

En cuanto a la integración del Tribunal, más específicamente, aquella reforma condujo, directa o indirectamente, a un mayor número de cambios que los previstos por el Poder Constituyente Derivado.

En efecto, de acuerdo a la reforma introducida al antiguo artículo 81 del Tribunal (hoy artículo 92), éste pasó de contar con siete ministros –tres designados por la Corte Suprema de entre sus miembros, dos por el Consejo de Seguridad Nacional, uno por el Presidente de la República y el último por el Senado– a integrarse con diez magistrados, de los cuales tres siguen siendo nominados por la Corte, pero ya no de entre quienes la componen; otros tres por el Jefe del Estado, quien ve significativamente aumentada su participación; y cuatro por el Congreso Nacional. De estos últimos, dos son nombrados por el Senado y los restantes –en expresión de la transacción político-institucional que implica toda reforma a la Constitución– son propuestos por la Cámara de Diputados y ratificados por aquella Corporación.

En consecuencia, una vez publicada la reforma de 26 de agosto, debió procederse a proveer los tres nuevos cargos creados en el Tribunal. Así, el Senado nominó, directamente, a Raúl Bertelsen Repetto y a Hernán Vodanovic Schnake; y ratificó a Mario Fernández Baeza que había sido propuesto por la Cámara de Diputados.

Sin embargo, de los siete ministros antiguos, cuatro renunciaron, por distintas razones atendibles, a sus cargos. Abandonaron el Tribunal, en efecto, Juan Agustín Figueroa Yávar, Eugenio Valenzuela Somarriva, Urbano Marín Vallejos y Eleodoro Ortiz Sepúlveda, siendo reemplazados los dos primeros, respectivamente, por Jorge Correa Sutil, designado por el Presidente de la República, y Mauricio Venegas Palacios, propuesto por la Cámara de Diputados y ratificado por el Senado. Para proveer las otras dos vacantes, recientemente, la Corte Suprema ha convocado al concurso público de rigor.¹¹

De esta manera, permanecieron en sus cargos, sólo el Presidente del Tribunal, José Luis Cea Egaña y los ministros Juan Colombo Campbell y Marcos Libedinski Tschorne.

Hago este breve recuento para demostrar el enorme impacto que ya tuvo la reforma de 26 de agosto en la integración del Tribunal, incorporando un 70% de nuevos ministros, volviéndose decisivo el respeto de los precedentes pronunciados con anterioridad al 27 de febrero de 2006, para la seguridad jurídica de las personas e instituciones que acudan a él, en tanto no se vayan conociendo las nuevas líneas jurisprudenciales que puedan emanar de aquella novísima judicatura.

No está de más, en fin, aludir, por no ser este el lugar para extenderse en ello, a las diferencias más de fondo que puede implicar la nueva composición respecto de la que le precedió, v. gr., en las visiones jurídico y política o en los valores que modelan a cada uno de los ministros del Tribunal.

7. Significado

Siempre es útil acudir al sentido natural y obvio de las palabras para desentrañar su alcance y, desde esta perspectiva, **precedente** quiere decir, en su tercera acepción “aplicación de una resolución anterior en un caso igual o semejante al que se presenta”.¹² Pero no puede omitir la segunda acepción de aquella palabra, según la cual significa “antecedente”;¹³ y este vocablo, a su vez, quiere decir “acción, dicho o circunstancia que sirve para comprender o valorar hechos posteriores”.¹⁴

¹¹ Véase el Auto Acordado que regula el nombramiento de los Ministros Titulares del Tribunal Constitucional por la Corte Suprema de Justicia, que fue publicado en el Diario Oficial el 24 de marzo de 2006.

¹² *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Madrid, Ed. Espasa, 2001, p. 1233.

¹³ *Id.*

¹⁴ *Id.*, p. 109.

De las definiciones transcritas surge nítido el doble significado del precedente judicial. Por una parte, de él deriva la obligación de resolver un asunto de la misma manera como ya se decidió otro anterior igual o semejante, es decir, aplicar *la misma decisión*; y, de otra, el deber de mantener y respetar la interpretación dada a una norma constitucional cuando debe aplicársela nuevamente a otro asunto, o sea, aplicar *la misma razón* que se tuvo para decidir aunque se trate de algo distinto.

Desde esta perspectiva, Nino nos recuerda que “(...) los jueces dictan ciertas normas particulares que se llaman ‘sentencias judiciales’. Para hacerlo tienen en cuenta determinadas normas (...), determinados criterios de razonabilidad, equidad, etcétera. Esos criterios que no fueron dictados por un legislador ni se originaron en la costumbre de la población, pueden ser tomados en cuenta por otros jueces a quienes se les plantea posteriormente un caso análogo al resuelto originariamente. Cuando tales criterios son adoptados por los jueces como fundamento de sus sentencias y el apartarse de ellos es motivo de crítica, se da origen a ciertas normas jurídicas que los jueces pueden considerar tanto o más obligatorias (...)”.¹⁵

Por ello, la obligación de respetar el precedente tiene un doble alcance: Fallar igual como ya se falló un caso análogo e interpretar igual a como ya se interpretó, salvo que, naturalmente, el Tribunal modifique su decisión o su interpretación fundando, razonablemente y más allá de toda duda, el cambio de criterio, pues como indicaba Bracton, “si se diera una circunstancia nueva e inusitada, sin precedentes hasta el momento (...) y hubiera sucedido antes alguna cosa análoga, júzguese el caso de igual manera, ya que es una buena ocasión para proceder por analogía”.¹⁶

8. Configuración

Sin embargo, ¿cuándo se está en presencia de un precedente? ¿Basta una decisión o una sola sentencia en que se dé una determinada interpretación a una norma para que ella ya se constituya en precedente? O, por el contrario, ¿es necesario que la decisión o la interpretación se repitan en el tiempo? De ser así, ¿cuántas veces? ¿Cuán seguido?

¹⁵ Nino, Carlos Santiago. 2005. *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Ed. Astrea, p. 151.

¹⁶ Citado por Duro Moreno, Miguel. 2005. *Introducción al Derecho inglés*, Madrid, Edisofer sl, p. 219.

Ollero Tassara es exigente pues, a su juicio, “debe tratarse, en primer lugar, de una ‘línea jurisprudencial que constituya doctrina ya consolidada’, descartándose pronunciamientos aislados o englobados en una etapa aún inmadura de normalización, en la que la cuestión ‘admite distintas opciones interpretativas y no es posible, por tanto, apreciar quebrantamiento alguno de posiciones anteriores ya consolidadas’. Igualmente –consumada tal consolidación– se produce en la práctica una derogación de líneas anteriores, al normalizarse el nuevo paradigma; lo que excluye toda pretensión que busque apoyo en ‘una etapa jurisprudencial anterior y largamente superada’”.

“La dimensión formativa –sigue Ollero– de su vinculación aparece, en segundo lugar, como fruto de la progresiva generalización decantada en dicho proceso. El paradigma jurisprudencial se normaliza en torno a la configuración sucesiva de un determinado supuesto de hecho, en paralelo al cual se consolida una correspondiente ponderación de principios. Como precedente, habrá que ofrecer, en consecuencia, ‘una concreta y definida orientación jurisprudencial de la que sean predicables los rasgos de generalidad, continuidad y firmeza’; por el contrario, cuando dicha dimensión general no llega a alcanzarse, no se producirá tampoco la relevancia formativa ulterior, al encontrarnos ante un ‘caso singular y excepcional frente al criterio reiteradamente adoptado, de manera generalizada, en similares supuestos’”.¹⁷

No comparto las exigencias referidas, pues ellas añaden elementos que se vuelven muy difíciles de precisar y que, al revés de lo que se persigue con la noción del precedente, dotan al Tribunal y a quienes quedan sujetos a él de tan amplia esfera para dirimir cuándo existe o no decisión anterior que respetar, que se torna irrisoria y sólo letra muerta la figura del precedente.

El ex Presidente Lagos, en el mensaje con que dio inicio al proyecto de reforma de la ley orgánica constitucional del Tribunal, señaló que “esta fuerza atribuida a las sentencias del Tribunal permite, además, que el proyecto recoja una doctrina desarrollada por el propio Tribunal, en el sentido de quedar vinculado por sus precedentes, sin perjuicio de cambiar lo resuelto con anterioridad, por razones fundadas. Con ello se logra la necesaria estabilidad y certeza jurídica para las decisiones de los órganos del Estado, considerando que todos ellos quedan obligados por las sentencias del Tribunal”.¹⁸

¹⁷ Ollero Tassara, Andrés. 1989. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 78-79.

¹⁸ Mensaje N° 432/353, de S.E. el Presidente de la República con el que inició un proyecto de ley que modifica la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, contenido en el *Boletín N° 4.059-07* de la Cámara de Diputados, pp. 10-11.

No me merece duda, entonces, que desde el primer pronunciamiento ya cabe exigir del Tribunal que lo respete y repita, a menos que sustente con solidez el cambio de criterio.

9. ¿Dónde se encuentra el precedente?

Con todo, debe advertirse que “sólo tiene valor vinculante a efectos jurisprudenciales aquella parte de esta última (de la sentencia) conocida como *ratio decidendi* (‘razón por la que se decide’), la cual está constituida únicamente por las palabras que contienen la norma jurídica (recuérdese: legal o jurisprudencial y, en ocasiones, consuetudinaria) invocada por el juez para tomar la decisión que resuelva el litigio planteado (...)”.

“Todo lo que en una sentencia no es *ratio decidendi* es *obiter dicta* (‘observaciones al respecto’) y carece de fuerza vinculante”.¹⁹

Entre nosotros, el profesor Nogueira, evaluando el proyecto de reforma constitucional que se concretaría el 26 de agosto de 2005, ha explicado que “(...) debería establecerse que la *ratio decidendi* del fallo que constituye la argumentación relevante que lo fundamenta y determina la parte resolutive, vale decir aquellos principios o razonamientos que no podrían ser alterados o reemplazados sin que la sentencia fuera modificada, debieran al menos ser criterio auxiliar para la aplicación del derecho por todos los órganos del Estado, mientras dichos criterios no sean modificados por el propio Tribunal Constitucional, distinguiéndose de los *obiter dicta* que son afirmaciones tangenciales o complementarias emitidas en la resolución judicial no tienen el mismo carácter, ni deben ser seguidos como precedentes por los tribunales inferiores”.²⁰

En conclusión, el precedente es la decisión contenida en una sentencia y la interpretación de la o las normas que le sirven de base directa, la cual debe ser repetida cuando se aplica a un caso análogo o donde se deben considerar las mismas normas, salvo que el Tribunal que lo dictó lo enmiende fundadamente.

¹⁹ Duro Moreno, Miguel, citado en *supra* nota 16, p. 228.

²⁰ Nogueira Alcalá, Humberto. 2005. “El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias”, *Estudios Constitucionales* Año 3 N° 1, Santiago, Universidad de Talca, Librotecnia, p. 28.

10. Riesgo

No hay duda que el valor que justifica la vinculación a los precedentes radica en la seguridad jurídica y el respeto del principio de igualdad con proscripción de discriminaciones.

Sin embargo, se corre el riesgo de petrificar la labor del Tribunal quien no debe temer en aplicar su jurisprudencia como tampoco en modificarla cuando las circunstancias lo ameriten, puesto que “en general los órganos judiciales no pueden abandonar los criterios (de interpretación) establecidos en decisiones precedentes (del mismo órgano o de otro superior). Esta prohibición, basada claramente en la unidad de la jurisprudencia y en la seguridad jurídica, no significa tanto el inmovilismo en la interpretación cuanto la creación de una obligación para el órgano que la incumpla: declarar el abandono del criterio precedente”.²¹

11. Reforma constitucional y adecuación de ley orgánica

El proyecto que ajusta la ley orgánica constitucional del Tribunal aclara, si aún alguien puede tener dudas, la *posición máxima* que le corresponde a esa Magistratura en nuestro régimen institucional.

No obstante que –en su actual estado de tramitación, tras haber sido despa-
chado por la Cámara de Diputados en el primer trámite constitucional– se elimi-
nó la disposición contenida en el mensaje según la cual todos los órganos del
Estado estaban obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal resuelva y se
modificó aquel germen de precepto que señalaba que él mismo quedaba vincu-
lado por sus precedentes, en los nuevos incisos que se agregan al artículo 31 de
aquella ley, preceptuándose ahora que “*toda sentencia del Tribunal que modifi-
que o altere sustantivamente lo que hubiere resuelto con anterioridad sobre la
misma materia, deberá declarar tal circunstancia y precisar las razones fundadas
en que dicho cambio se sustenta*”.²²

²¹ Moral Soriano, Leonor. 2002. *El precedente judicial*, Madrid, Ed. Marcial Pons, p. 198. Entre nosotros, léase Quijano Fernández, Álvaro, 1995. *La jurisprudencia ante la Constitución. El precedente judicial*, Tesis para optar al grado de Magíster, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile.

²² Informe Complementario de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que modifica la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, contenido en el Boletín N° 4.059-07, evacuado el 7 de abril de 2006.

Ciertamente, que aquella normativa se aplica –como ya se anticipó– a las más de cuatrocientas sentencias ya dictadas y no sólo a las que ha pronunciado a partir del 27 de febrero de 2006, cuando entraron en vigencia las nuevas disposiciones provenientes de la reforma de 26 de agosto.

Tanto el Tribunal como el resto de los órganos del Estado y, sobre manera, las personas, deben comprender, pues, la nueva situación de aquella Magistratura, cada vez más cerca al servicio de la persona humana, como lo exige el artículo 1º inciso 4º de la Constitución. Deberán todos ser cuidadosos, por ende, de no abusar del acceso al Tribunal, pero éste también tendrá que considerar, equilibradamente, la justicia de las peticiones antes que el rigor de las formalidades.

12. Valor del precedente en la jurisprudencia del Tribunal

El propio Tribunal queda vinculado por sus propias decisiones y esto no porque así lo vaya a disponer, en el futuro, su ley orgánica, sino porque en ese sentido ha venido actuando desde hace años, v. gr., en el considerando 15º de una sentencia pronunciada el 22 de julio de 1993, *Rol N° 171*:

“Que, por último, debe también tenerse en consideración para resolver acerca de la conveniencia de mantener la razón decisoria contemplada en fallos anteriores del Tribunal Constitucional en relación a una materia determinada, que ello crea la certeza y seguridad jurídica necesarias para todos aquellos a quienes pueda interesar y/o afectar lo que éste resuelva sobre el punto. Los cambios de doctrina Jurídica por lo general deben producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que los justifiquen”.²³

Finalmente, recuérdese el considerando 13º del *Rol N° 370*:

“Que, para resolver acertadamente el problema que le ha sido planteado, este Tribunal debe analizar, con la extensión y profundidad indispensables, las características del sistema articulado en las disposiciones constitucionales señaladas, dejando desde ya establecido que se trata de un régimen que armoniza el ejercicio de la potestad legislativa con su homónima reglamentaria, esta última en la especie o modalidad de potestad destinada a ejecutar los preceptos legales, dentro del marco trazado en la Carta Fundamental y ceñido a las ideas matrices contenidas en la ley cuyas normas se trata de llevar a la práctica. Al proceder en los términos enunciados, esta Magistratura es coherente con la doctrina,

²³ Considerando 15º de la sentencia pronunciada el 22 de julio de 1993, *Rol N° 171*.

reiterada y uniforme, que fluye de sus sentencias y que será transcrita o citada, a la vez que vela por el respeto de los valores esenciales, todos reconocidos en nuestra Constitución, como son los concernientes al Estado de Derecho, la separación de órganos y funciones estatales, la certeza o seguridad jurídica y la supremacía de la Carta Fundamental con el control previsto en ella para infundirle eficacia”.

Hace ya más de una década, entonces, que el propio Tribunal advirtió la necesidad, sobre la base del respeto al principio de igualdad y a la seguridad jurídica, de seguir sus precedentes:

“(…) Si el Tribunal Federal Constitucional declara la nulidad o la validez de una disposición legal, su decisión tiene fuerza de ley de conformidad con el § 31 inciso 2 BverfGG. Pero, también en otros casos, *las sentencias del Tribunal Constitucional Federal desarrollan*, de conformidad con el § 31 inciso 1, *un efecto vinculante que trasciende el caso individual*, por cuanto que *los principios que se originan del tenor y los fundamentos que se exponen en la decisión a través de la interpretación de la Constitución, deben ser tenidos en cuenta por los tribunales en todos los casos futuros*.

El § 31 BverfGG le atribuye a las decisiones del Tribunal Constitucional efectos vinculantes en la medida que la función del Tribunal Constitucional Federal, como intérprete supremo y guardián de la Constitución, así lo requiera. El efecto vinculante se limita por consiguiente a la parte de los fundamentos de la sentencia. *Estos no se extienden a las explicaciones que tienen por objeto la interpretación de leyes ordinarias (...). El Tribunal Constitucional Federal podrá determinar con efectos vinculantes los criterios y límites que se encuentran en el derecho constitucional para la interpretación de una ley ordinaria*. Estos no se extienden a las explicaciones que tienen por objeto la interpretación de leyes ordinarias. *El Tribunal Constitucional Federal podrá determinar con efectos vinculantes los criterios y límites que se encuentran en el derecho constitucional para la interpretación de una ley ordinaria*.

Antes bien, de conformidad con el § 31 inciso 1 BverfGG, *todos los tribunales se encuentran vinculados a los veredictos de inconstitucionalidad pronunciados por el Tribunal Constitucional Federal* como instancia vinculante en asuntos constitucionales (...).²⁴

²⁴ Schwabe, Jürgen, (compilador). 2003. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, p. 5.

13. Precedente confirma exclusión del monopolio constitucional

Finalmente, vuelvo sobre un asunto que ya anticipaba, el constitucionalismo, en cuanto proceso histórico tendiente a la mayor protección y promoción de los derechos fundamentales, sobre la base del principio de separación de órganos y funciones, hace inconcebible la concentración de la definición constitucional, en cuanto interpretación de sus principios y normas, sea en abstracto o frente a casos concretos, en un solo órgano, aun cuando se trate del Tribunal Constitucional, prestigiado y legítimo en su origen y desenvolvimiento y ello aunque se lo dote del rol de garante máximo de la Constitución o se obligue, a todos los órganos, incluyendo a los Tribunales Ordinarios, a acatar y seguir sus decisiones.

Por ello, todos los jueces siguen obligados a respetar la Constitución y no pueden eludir ese deber básico, amparándose en la existencia de un garante máximo de la supremacía constitucional.

“Combinando estos dos principios: La vinculación de los jueces respecto a los preceptos constitucionales y legales y el diverso valor de éstos, nos encontramos con que *los tribunales pueden hallarse en un caso dado*—explica el profesor Bertelsen— *ante el siguiente problema: Una situación debe ser regulada de acuerdo a los preceptos constitucionales de una manera y según las disposiciones legales de otra forma; el juez, como sabemos está vinculado a ambos tipos de preceptos y éstos tienen diverso valor, como es misión de los jueces resolver conflictos (...) deben preferir el criterio que establece el precepto superior(...)*”.²⁵

El juez puede acudir al Tribunal, conforme al artículo 93 N° 6° de la Carta Fundamental, pero no está obligado a hacerlo, v. gr., cuando no tenga duda acerca de que debe aplicar la Constitución y preterir la norma inferior que la contradice, por ejemplo cuando el asunto ya ha sido resuelto por el Tribunal, pues en este último caso, si lo requiriera, estaría desconociendo el efecto vinculante y, con ello, podría llegar a argumentarse que está incurriendo en una conducta susceptible de queja y sanción disciplinaria.

En resumen, *todos los Tribunales pueden y deben interpretar y aplicar las normas constitucionales*, ciertamente, que con rasgo preferente y excluyente de cualquier otro precepto, infraconstitucional, que las contradiga, aun cuando la palabra final quedará radicada en el Tribunal Constitucional o, cuando así surja

²⁵ Bertelsen Repetto, Raúl. 1969. *Control de constitucionalidad de la ley*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, pp. 92-93.

del procedimiento, en la Corte Suprema, v. gr., en un recurso de protección, en una demanda de nulidad de Derecho Público o en cualquier asunto que, siendo de su competencia, no haya quedado sometido, en alguna fase del proceso, al Tribunal Constitucional, de acuerdo al artículo 93 de la Carta Fundamental, pues, coincidiendo con Zagrebelsky, “el derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos”.²⁶

Este es el sentido, como ya anticipé, que cabe dar, en una visión de conjunto, a *la reforma constitucional* aludida, tendiente a superar la inexistencia, hasta ese entonces, de un intérprete y garante máximo de la Constitución, al conferirle al Tribunal Constitucional no sólo el control preventivo de los proyectos de ley, parcialmente de los tratados internacionales y enmiendas a la Constitución, sino que también el recurso de inaplicabilidad y, más aún, la declaración de inconstitucionalidad.

Recuérdese aquí lo que señaló el ex Presidente de la República al proponer el proyecto de ley que ajusta la ley orgánica constitucional del Tribunal a la reforma de 26 de agosto, en cuanto a que “después de casi 25 años de funcionamiento del Tribunal y de la reciente reforma constitucional, el país está en condiciones de asumir que *todos los órganos del Estado queden obligados por lo que el Tribunal resuelva*. Con ello *se confiere a sus sentencias una fuerza mayor a la que tienen las emanadas de un tribunal normal*”.²⁷

14. Efectos de las sentencias del Tribunal

Por último, para referirse a la obligatoriedad de lo decidido por el Tribunal, conviene revisar, someramente, lo dispuesto en el artículo 94 de la Constitución, en el cual constan los *efectos* de sus sentencias, pues las *cuatro reglas* allí contenidas orientan el carácter vinculante de las decisiones del Tribunal.

A. Sentencias del Tribunal no son susceptibles de ser recurridas

La primera de aquellas reglas, por cierto, establece el principio básico y *absoluto* conforme al cual contra las resoluciones del Tribunal no procede recurso alguno, sin perjuicio que el mismo Tribunal puede rectificar errores de hecho, de manera que se cumple aquí, rigurosamente, lo que ha señalado el profesor Nogueira recordando el voto concurrente del juez Jackson en *Brown v/ Allen*, en

²⁶ Zagrebelsky, Gustavo. 2005. *El derecho dúctil*, Madrid, Ed. Trotta, p. 153.

²⁷ Mensaje N° 432/353 citado en *supra* nota 18, p. 10.

cuanto a que el Tribunal tiene la última palabra no porque sea infalible, sino que es infalible porque tiene la última palabra.²⁸

B. Declaración de inconstitucionalidad de decretos supremos

Cuando se trate de la declaración de inconstitucionalidad de un decreto supremo y atendido que se trata de un control *ex post*, la disposición queda sin efecto de pleno derecho con el solo mérito de la sentencia.

Encuétrase aquí, no obstante que se trata de un control *ex post*, el efecto *erga omnes* respecto de lo decidido por el Tribunal.

C. Inconstitucionalidad de preceptos legales declarada ex ante

Cuando el control que ejerza el Tribunal sea de carácter preventivo y declare la inconstitucionalidad, el germen de precepto legal o de decreto con fuerza de ley no podrá convertirse en ley.

De este modo, la declaración *ex ante* también surte efecto *erga omnes* y no puede, quedando directamente vinculado por el precedente, el legislador o el Presidente de la República volver a intentar aprobar aquella disposición, salvo que ella haya sido tachada por vicio de forma y siempre que sea susceptible de ser reparado en una nueva normativa.

D. Inconstitucionalidad ex post de preceptos legales y autos acordados

Finalmente y en relación a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, el nuevo artículo 94 inciso 4° dispone que el precepto legal en cuestión se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que, sin embargo, no producirá efecto retroactivo.

Explicando el alcance de esta disposición, el Presidente de la República ha señalado, en el mensaje ya aludido, que “el efecto de la sentencia es que desde la fecha de su publicación, el precepto queda derogado; pero esa derogación no produce efecto retroactivo. Por ello, todas las situaciones nacidas y consolidadas con anterioridad, favorables o desfavorables, no son tocadas por la derogación ni permiten iniciar acciones de ningún tipo”.²⁹

²⁸ Nogueira Alcalá, Humberto, citado en *supra* nota 20, p. 17.

²⁹ *Id.*, p. 22.

No puedo dejar de llamar la atención sobre una inconstitucionalidad en que incurre el Presidente de la República al fundamentar el proyecto de ley, cuando sostiene que la prohibición constitucional de dotar de efecto retroactivo a la sentencia que declare la inconstitucionalidad alcanza igualmente a las situaciones favorables como a las desfavorables.

Desde luego y aunque no lo dice el proyecto, cabe entender que lo favorable y desfavorable se refiere a las personas –nunca al Estado– que han sido afectadas, beneficiosa o perjudicialmente, por el precepto legal cuya derogación se produce a raíz de la declaración de inconstitucionalidad.

En este entendido, indudablemente que la prohibición constitucional de dotar a la sentencia de efecto retroactivo se refiere a no afectar aquellas cuestiones en que la norma legal expulsada del ordenamiento jurídico fue favorable, o sea, beneficiosa para una persona, pues, como señala el artículo 19 N° 24° inciso 3° de la Constitución, “nadie puede, en caso alguno, ser privado de lo suyo”. En este sentido, ya es indubitada la jurisprudencia emanada de nuestros Tribunales Superiores en cuanto a que jamás pueden afectarse los derechos adquiridos de buena fe.

Cuestión totalmente distinta, en cambio, ocurre cuando la norma derogada, producto de la declaración de inconstitucionalidad, produjo consecuencias desfavorables, o sea, daño o perjuicio en una persona, incluso ajena al pronunciamiento de la inaplicabilidad previa o a la misma declaración de inconstitucionalidad:

“Afortunadamente, el Tribunal Supremo reaccionó contra ella, propiciando y posibilitando un camino para obtener la restitución de lo ingresado con infracción de lo establecido por la propia Constitución, al establecer al respecto que es factible el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial derivada de un acto legislativo que haya sido declarado inconstitucional, aun inclusive en el supuesto que el proceso estuviese ya fenecido, añadiendo que la eficacia de la cosa juzgada no es obstáculo para el ejercicio de tal acción, lo que supone, en suma, el pleno reconocimiento de que existiendo un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable debe procederse a su reparación”.³⁰

En este caso, lo que el proyecto persigue es un objetivo inaceptable consistente en el saneamiento de los perjuicios ocasionados por el legislador y por el

³⁰ Checa González, Clemente. 2004. “La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de una ley”, contenido en *Ius et Praxis*, Año 10 N° 1, Talca, Editorial Universidad de Talca, pp. 65-75. Entre nosotros, léase Zúñiga Urbina, Francisco. 2005. *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Santiago, Ed. LexisNexis.

resto de los órganos que han ejecutado y aplicado la ley antes de su derogación por el Tribunal Constitucional. Y es inaceptable no sólo porque es el mismo Estado, a través del proyecto de ley en comento, quien, unilateralmente y ex nihilo, se dicta una norma que lo favorece perjudicando a las personas, sino que, sobre todo, porque lesiona derechos que la Carta Fundamental y los tratados internacionales vigentes en nuestro país aseguran, vulnerando, de paso, las Bases de la Institucionalidad, particularmente sus artículos 1 inciso 4° y 5 inciso 2°.

Por lo demás, con ello se modifica, por esta vía y para este designio, la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes.

Por ello, cuando el Tribunal Constitucional controle el proyecto de ley que modifica su normativa deberá esclarecer que la prohibición de dotar de efecto retroactivo a las sentencias que pronuncien la inconstitucionalidad de un precepto legal se entiende sólo para no lesionar los derechos adquiridos de buena fe, pero ello no sana los daños o perjuicios que, con dicha ley o en virtud de ella, haya sufrido cualquier persona.

IV. INSERCIÓN EN LAS FUENTES DEL DERECHO

Lo recién expuesto, a propósito del carácter vinculante del precedente, nos lleva, en fin, a indagar en torno de la ubicación que cabe dar a las decisiones del Tribunal en nuestro sistema de fuentes del Derecho.

He planteado y me parece que queda ahora corroborado, que el Constitucionalismo Humanista, especialmente, considerando que la Carta Fundamental goza de fuerza normativa que obliga a todos los órganos estatales y, en realidad también, a todas las personas, conduce a replantear la Teoría del Derecho y, junto con ella, su Sistema de Fuentes.

Más concretamente, me parece que resulta indudable que la clásica explicación puramente jerárquica, sobre la base del mero formalismo, para explicar las relaciones entre fuentes jurídicas diversas resulta insuficiente. No se trata, como podría pensarse, de una formulación equivocada, sino que incompleta a la luz de los nuevos caracteres que importa el Constitucionalismo en la versión referida.

En efecto, ya no es posible comprender sólo desde el ángulo formal y de la jerarquía asuntos como la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, la noción de bloque de constitucionalidad, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la superación de la teoría de la ley pantalla o el efecto irradiante o reflejo de las sentencias del garante máximo de la Constitución; y tampoco será posible hacerlo ahora con la noción de precedente.

Recuérdese, desde esta perspectiva, que aquella concepción conducía a sostener, *negando fuerza normativa y aplicación directa a la Carta Fundamental*, que “por regla general, la estructura jerárquica de un ordenamiento se representa con una pirámide (...). En esta pirámide, el vértice está ocupado por la norma fundamental, mientras que la base está constituida por los actos ejecutivos. Si miramos la pirámide de lo alto hacia abajo, veremos una serie de procesos de producción jurídica, y si la miramos de abajo hacia lo alto, veremos al contrario, una serie de procesos de ejecución jurídica. En los grados intermedios hay a un mismo tiempo producción y ejecución, mientras que en los grados extremos, o *solo hay producción* (norma fundamental) o *solo hay ejecución* (actos ejecutivos)”.³¹

El profesor *Squella* explica, a propósito de la jurisprudencia el distinto rol que a ella corresponde en el sistema del *common law* respecto del que posee en el *sistema continental*, pues mientras el primero “es preferentemente un derecho jurisprudencial, esto es, basado en las sentencias dadas por los tribunales, las cuales se configuran como precedentes obligatorios a ser aplicados en los casos futuros de igual índole que puedan promoverse (...)”.

“En el llamado *sistema continental*, formado por la recepción del derecho romano, las cosas ocurren *de manera muy diferente* y la atención de todos los operadores jurídicos se concentra antes en la legislación que en la jurisprudencia de los tribunales”.³²

No cabe duda que una de las características del Derecho Constitucional Contemporáneo es la superación de las divisiones rígidas, v. gr., entre Derecho Público y Privado, entre fuentes formales y materiales del derecho o, ahora, entre sistema del *common law* y sistema continental, como lo ha explicado el profesor Cea Egaña, hoy presidente de nuestro Tribunal Constitucional, en términos que es un legado norteamericano al resto del constitucionalismo, incluyendo el de raigambre continental que “la sentencia constitucional, dictada por la Corte Suprema federal (léase, nuestro Tribunal Constitucional), con efecto *erga omnes* y que lleva al precedente”.³³

³¹ Bobbio, Norberto. 1992. *Teoría General del Derecho*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Ed. Temis, p. 163.

³² Squella Narducci, Agustín. 2000. *Introducción al Derecho*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, p. 265.

³³ Cea Egaña, José Luis. 2004. “Huella del constitucionalismo norteamericano en el nuevo constitucionalismo”, publicado en *Revista de Derecho*, Año 11 N° 2, Coquimbo, Universidad Católica del Norte, Sede Coquimbo, pp. 15-22.

V. CONCLUSIONES

Desde hace años ya el Tribunal viene operando sobre la base de respetar la jurisprudencia que ha ido pronunciando, en cuanto a mantener la interpretación que ha dado a los preceptos constitucionales que le han servido, como *ratio decidendi*, para adoptar la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

La fuerza obligatoria de sus sentencias, sin embargo, no se ha extendido más allá, salvo en la parte decisoria respecto de los órganos constitucionales involucrados en ella, como el legislador, cuando ha declarado la inconstitucionalidad de un proyecto de ley o de alguna norma contenida en un tratado internacional, o la Administración, cuando ha adoptado esa decisión en relación con un decreto supremo.

Sin embargo y en virtud de la reforma constitucional de 26 de agosto, sus decisiones, cuando se trate del control de constitucionalidad de autos acordados o de preceptos legales *ex post*, deberán ser acatadas también por los Tribunales respectivos.

Con todo, la obligación de respetar el precedente sólo resulta aplicable al propio Tribunal, máxime cuando la que ha sido su práctica, en este sentido, viene a ser ahora confirmada en el proyecto que adecua la ley orgánica constitucional de esa Magistratura a la reforma constitucional de 26 de agosto de 2005. Con todo, me parece inobjetable que las sentencias que pronuncie, conociendo de cuestiones de inaplicabilidad, aunque no tengan fuerza vinculante para los demás Tribunales, ordinarios o especiales, salvo en el caso para el que se pronuncian, tendrán, al menos, fuerza *persuasiva*, ya que, de lo contrario, la parte interesada ejercerá los recursos tendientes a que así sea.

De esta manera y concluyendo, nos aproximamos a un régimen del precedente, inmerso dentro del sistema continental. No se trata, por cierto, de modificar el Sistema de Fuentes para ir al *case law*, sino de ir avanzando en la certeza o seguridad jurídica que emana de interpretaciones y decisiones uniformes donde el Derecho, tal y como ha sido siempre, en realidad, se funda en lo que dicen los Códigos, superlativamente la Constitución, pero se concreta en lo que dicen los jueces, especialmente, el Tribunal Constitucional, pues como señalaba el juez Holmes, “entiendo por derecho las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto”.³⁴

³⁴ Citado por Nino, Carlos Santiago, *supra* nota 15, p. 46.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. 2004. *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa Editorial.
- Alexis de Tocqueville. 1984. *La Democracia en América*, Madrid, Ed. Sarpe.
- Bertelsen Repetto, Raúl. 1969. *Control de constitucionalidad de la ley*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile.
- Bobbio, Norberto. 1992. *Teoría General del Derecho*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Ed. Temis.
- Cea Egaña, José Luis. 2004. “Huella del constitucionalismo norteamericano en el nuevo constitucionalismo”, publicado en *Revista de Derecho*, Año 11 N° 2, Coquimbo, Universidad Católica del Norte, Sede Coquimbo, pp. 15-22.
- Checa González, Clemente. 2004. “La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de una ley”, contenido en *Ius et Praxis*, Año 10 N° 1, Talca, Editorial Universidad de Talca.
- Duro Moreno, Miguel. 2005. *Introducción al Derecho Inglés*, Madrid, Edisofer sl.
- Fernández González, Miguel Ángel. 2005. “Bases de los Tribunales Constitucionales en el constitucionalismo humanista”, Humberto Nogueira Alcalá (coordinador), *Jurisdicción constitucional en Chile y América Latina: presente y prospectiva*, Santiago, Ed. LexisNexis.
- Fernández González, Miguel Ángel. 2005. “Constitución y casación: ¿de la falta de aplicación al monopolio constitucional?, *Estudios Constitucionales*, Año 3 N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, pp. 97-126.
- Gallego Anabitarte, Alfredo. 1994. *Derechos fundamentales y garantías institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, Ed. Civitas, pp. 23-24.
- Martínez Estay, José Ignacio. 2005. “El sistema europeo-continental de Justicia Constitucional”, publicado en *Estudios Constitucionales*, Año 3 N° 1, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, pp. 149-171.
- Moral Soriano, Leonor. 2002. *El precedente judicial*, Madrid, Ed. Marcial Pons.
- Nogueira Alcalá, Humberto. 2005. “El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias”, *Estudios Constitucionales* Año 3 N° 1, Santiago, Universidad de Talca, Librotecnia.

- Ollero Tassara, Andrés, 1989. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Prieto Sanchís, Luis, 2003. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta.
- Quijano Fernández, Álvaro, 1995. *La jurisprudencia ante la Constitución. El precedente judicial*, Tesis para optar al grado de Magíster, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile.
- Schwabe, Jürgen (compilador), 2003. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Squella Narducci, Agustín. 2000. *Introducción al Derecho*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile.
- Zagrebelsky, Gustavo. 2005. *El derecho dúctil*, Madrid, Ed. Trotta.
- Zúñiga Urbina, Francisco. 2005. *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador*. Santiago, Ed. LexisNexis.