

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

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL PODER JUDICIAL. EL VALOR DEL PRECEDENTE

*Decisions by the Constitutional Court and the Judiciary.
The value of precedent*

Francisco Zúñiga Urbina *

RESUMEN

La monografía aborda la doctrina del precedente y su efecto vinculante “interna corporis” relativo para el Tribunal Constitucional y su efecto “externa corporis” (eficacia persuasiva) para los poderes públicos, en especial para el Poder Judicial.

PALABRAS CLAVE

Precedente, Sentencia Constitucional, Vinculación de poderes públicos, Eficacia Persuasiva.

ABSTRACT

The monograph tackles the doctrine of the precedents and its relative “interna corporis” binding effects to the Constitutional Court and its “externa corporis” effects to the public powers, especially to the Judicial Power.

* Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho Universidad Central de Chile. Correo electrónico: zdc@zdcabogados.cl Recibido el 9 de mayo de 2006. Aprobado el 15 de mayo de 2006.

KEY WORDS

Precedent, constitutional sentence, public powers binding, persuasive effectiveness.

I. PROLEGÓMENOS

Tradicionalmente la doctrina del precedente, es decir, decisiones judiciales de casos análogos, examinado por el Juez como Derecho material, aparece ligada a los sistemas del “Common Law”, un derecho jurisprudencial opuesto al “Statute Law”; de creciente importancia desde los albores del siglo XX, este último en el mundo anglosajón, de suerte que los jueces anglosajones recurren al “declaratory precedent” o ex novo al “original precedent”.¹ La posición de los tribunales es clave en el peso conferido al precedente.

La doctrina del precedente le asigna vinculatoriedad a la “ratio decidendi”, es decir, a la parte de la sentencia que contiene una sucinta exposición del hecho, de la decisión y del motivo por el que el juez ha decidido en tal sentido, pudiendo multiplicarse los precedentes si la decisión se funda en una pluralidad de razones; sean decisiones de tribunales unipersonales o colegiados; decisiones de mayoría o disidencias. El “obiter dicta” es una observación incidental del juez, que puede ser muy importante, pero no es precedente. El precedente admite su desvinculación, en particular de jueces inferiores, pudiendo operar como precedente “overruled”, que lo sustituye. En los Estados Unidos de América la doctrina del precedente es completado con la regla del stare decisis, que asume rasgos peculiares en especial para los tribunales superiores de la Unión y de los Estados, que no están vinculados por sus propias decisiones, aunque sus decisiones son vinculantes en las órdenes jurisdiccionales federal y estadual.²

En los sistemas o familia de Derecho “Románica-Germánica” la jurisprudencia ha desempeñado tradicionalmente un papel secundario, expresado en el brocardo latino: “non exemplis sed legibus judicandum est”, según afirma el Código de Justiniano, ya que el sistema jurídico descansa en la ley como fuente primordial del Derecho; todo lo cual se refuerza con la tradición del Derecho Común en la Europa medieval, que afianzó las monarquías absolutas en fase

¹ Losano, Mario G. 1982. *Los Grandes Sistemas Jurídicos* (Trad. A. Ruiz Miguel), Edit. Debate, Madrid, pp. 176-180.

Ídem: René David. 1969. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos* (traducción de la 2ª edición francesa, Pedro Bravo G.). Edit. Aguilar, Madrid, pp. 291-296, 322-342.

² Toinet, Marie France. 1994. *El Sistema Político de los Estados Unidos* (prefacio S. Hoffmann y Trad. G.A. Gallardo J.). Edita FCE, México D.F., pp. 194-218.

germinal y la formación de estados nacionales, y con la Codificación moderna, que se consolida con la revolución política y burguesa de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX.³

Sin embargo, los sistemas o familias de Derecho de “Common Law” y de “Románico-Germánico” han tenido convergencias en relación al valor de la jurisprudencia como fuente del derecho y al valor del precedente, en especial en el campo de la Jurisdicción Constitucional en general y del control de constitucionalidad en particular. De este modo, la sentencia constitucional, en las culturas jurídicas del sistema “Románico-Germánico” al menos y del ámbito iberoamericano, puede ser estudiada en cuanto fuente del derecho primaria por su *decisum* o en cuanto fuente del derecho indirecta o complementaria por sus precedentes, parte motiva, “*Tragende Gründe*”, “considerandos resolutivos” o *ratio decidendi*.

En efecto, en el sistema norteamericano de “revisión judicial de legislación” el control de constitucionalidad difuso de la ley, adquiere para la doctrina del precedente un especial valor tratándose de sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos; ya que los efectos personales *erga omnes* de sus decisiones derivan del precedente y de la regla del *stare decisis*.

Más aún la Corte Suprema por la forma de su jurisdicción (“original” y “*appellate*”) y las vías procesales a través de los cuales ejerce su potestad (*writs of “certification”, “appeal” y “certiorari”*), es un tribunal supremo que guarda cierta similitud con los tribunales constitucionales europeos.⁴

Las sentencias de “revisión judicial de legislación” son fruto de recursos contra sentencias de tribunales federales o estatales, por aplicación de un precepto legal impugnado de inconstitucionalidad, al caso concreto o bien “*on its face*”, disponiendo la anulación (*overruling*) o ratificación (*upholding*). Como bien observa Rubio Llorente: “El núcleo de la sentencia, su contenido normativo, no está, sin embargo, en esta conclusión, que tiene los efectos propios de la res iudicata, sino en la opinión que conduce a ella pues es esta opinión la que establece la regla de derecho cuyo contenido incluye no sólo el juicio sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, en su aplicación al caso o en su enunciado, sino también las razones que fundamentan este juicio, es decir, en definitiva, el contenido relevante de la norma constitucional con la que se ha

³ Castro y Bravo, Federico de. 1984. *Derecho Civil en España*. Ed. Civitas, Madrid, pp. 497-500.

⁴ Tribe, Laurence H. 1988. *American Constitutional Law*. The Foundation Press. Inc. 2ª ed. Mineola New York, pp. 23-28.

hecho el contraste”. “La Corte Suprema que es intérprete supremo de la Constitución, pero también de la Ley, no está obligada a aceptar la interpretación de ésta hecha por la sentencia recurrida cuando dicha sentencia procede de un Tribunal Federal y puede, por tanto, anular la sentencia en la que éste ha aplicado la ley de defectos constitucionales (*“duty to adopt that construction which will save the statute from constitutional infirmity”*), sin que la fuerza de este mandato y la correlativa eficacia de la norma que en él impone la Corte susciten duda alguna. Cuando, por el contrario, la Corte no juzga posible una interpretación de la Ley conforme a la Constitución, declara la invalidez de la regla de derecho que la sentencia recurrida extrajo de ella y que ya no podrá ser utilizada nunca para resolver litigios que no presenten diferencias relevantes con aquel cuya solución ha sido revocada⁵ (pág. 503).

En la revisión judicial de legislación la declaración de inaplicabilidad (inconstitucionalidad) no afecta al enunciado legal, sino a la interpretación y aplicación que de él se ha hecho en un caso concreto (control concreto); por lo que la *ratio decidendi*, merced el *stare decisis*, tiene efectos personales *erga omnes* para las aplicaciones “iguales” de la ley, y no en rigor de la ley misma. Pero en otros casos la Corte Suprema puede declarar la inaplicabilidad de la ley, como una inconstitucionalidad radical, que empece a la ley “on its face” (control abstracto).

En cambio en el sistema europeo continental, el control de constitucionalidad de la ley, responde en su origen al modelo de jurisdicción concentrada, cuya creación y fundamentación hoy clásica debemos al maestro vienés Hans Kelsen, en que el Tribunal Constitucional es un órgano jurídico y político, colegial, letrado y altamente cualificado que en un proceso enjuicia la legitimidad constitucional de la ley y de los actos del poder, pudiendo declarar la inconstitucionalidad (anulabilidad) de efectos personales *erga omnes* y de efectos temporales *ex nunc* o *pro futuro*, como si fuere un “legislador negativo” o “destructor de leyes”.⁶ Como bien observa Rubio Llorente: “En esta concepción de la jurisdicción constitucional como control abstracto de la actuación del legislador, el objeto

⁵ Rubio Llorente, Francisco. 1991. *La Forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*. Edit. CEC, Madrid, 1993, pp. 503-504. También del maestro Manuel García Pelayo su clásico: “Derecho Constitucional Comparado”, en *Obras Completas* (3 volúmenes). Edit. CEC, Madrid, vol. I, pp. 565-584.

⁶ Kelsen, Hans. “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)”, en recopilación 1988, “Escritos sobre la Democracia y el Socialismo” (selección y presentación J. Ruiz Moreno). Edit. Debate, Madrid, pp. 109-155. También en 1969, *Teoría General del Derecho y del Estado* (Trad. E. García Maynez). Edit. UNAM, México D.F. 3ª ed., pp. 182-192. En polémica con Carl Schmitt, también de Kelsen es de obligada lectura: 1995, *Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (Estudio G. Gasió, Traducción R. J. Brie y supervisión E. Bulygin). Edit. Tecnos, Madrid, en especial pp. 26-39.

inmediato y único del juicio no es ni puede ser otro que el enunciado promulgado por el legislador positivo y la única decisión posible del juez es la de mantenerlo o anularlo”. La expresión “legislador negativo” designa la similitud de efectos entre la anulación-invalidación con la derogación, pero como es obvio no importa derogación.

En la fundamentación de Kelsen, la sentencia estimatoria contiene una anulación, es decir opera como “decisión casacional” o supercasacional y es claro que en cuanto anula un acto previo del poder puede ser calificada de tal, diferencia esencial que existe entre la sentencia judicial y la ley como objetos posibles de una “casación constitucional” (Vanossi) es de tal magnitud que puede inducir a error la utilización de un concepto único de casación prescindiendo de la naturaleza del acto “casado”. Esta naturaleza condiciona, en efecto, tanto la estructura misma del acto anulatorio, como sus efectos en el tiempo. En lo que toca a la estructura, es claro que en la decisión que casa una previa sentencia judicial que, carente aún de firmeza, no concedía derechos ni imponía obligaciones (salvo, eventualmente, los de carácter provisional destinados a asegurar el objeto del litigio), lo importante no es tanto el mandato de anulación como las razones por las cuales éste se produce, pues son éstas las que (aun prescindiendo de la eficacia “persuasiva” que como doctrina puedan tener) determinan el sentido de la “segunda sentencia” a dictar en el proceso. En decisión supercasacional la anulación de la ley expulsa la norma impugnada del ordenamiento, la que es una norma válida desde su promulgación hasta su anulación, de manera que la transformación del orden jurídico resulta simplemente de la decisión anulatoria. La sentencia queda reducida en lo esencial al pronunciamiento sobre la ley y la “opinión” del Tribunal, a la que Kelsen no dedica atención, pasa a ser, en consecuencia, poco más que la exposición de motivos” del legislador negativo (Rubio Llorente), por lo que en este modelo construido básicamente para el control abstracto el precedente tiene una entidad disminuida y un valor muy relativo.⁷

Por otra parte, como la decisión anulatoria recae sobre una norma del ordenamiento que hasta ese momento conserva su validez (y eficacia en el sistema), es obligatoria, muy especialmente para todos los jueces, tal decisión es entendida como decisión constitutiva, no meramente declarativa. La incompatibilidad entre Constitución y Ley no hace a ésta nula de pleno derecho, sino simplemente anulable y la sentencia del legislador negativo es eficaz solo *ex nunc*. Este entendimiento de la inconstitucionalidad como simple causa de anulabilidad, es congruente con el tratamiento de Kelsen del ordenamiento como un sistema de

⁷ Kelsen, Hans. 1993. *Teoría Pura del Derecho* (Trad. R. J. Vernengo de 2ª edición alemana). Edit. Porrúa, México D.F., 7ª edic., pp. 277-284. También de Jorge R. A. Vanossi. 1976. *Teoría Constitucional*, Edic. Depalma, Buenos Aires, 2 volúmenes, en especial vol. II, pp. 99-118.

normas, por lo que en un derecho positivo no hay nunca actos nulos en puridad. Luego eventuales efectos *ex tunc* se pueden dar sólo cuando éstos resultan aconsejables por razones de oportunidad, pero éstos nacen sólo de la norma constitucional, no en modo alguno como consecuencia jurídica necesaria de la naturaleza de la decisión.

La eficacia personal *erga omnes* de la decisión anulatoria, dependiente de su fórmula decisional, sólo puede ser predicada, de la sentencia estimatoria. Las sentencias que declaran que la ley sometida a juicio no es contraria a la Constitución, no tienen otra eficacia que la propia de la “*res judicata*” impiden el replanteamiento del litigio por los mismos defectos o “vicios” pero nada añaden o quitan a la norma impugnada que sigue contando en el sistema de una sólida presunción de legitimidad. La ley confirmada por la sentencia del Tribunal no es por ello más ley y mantiene la misma fuerza que antes de ser sometida a juicio tenía. La Constitución ha de establecer la eficacia general de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la ley, porque esa eficacia, como excepción al principio de que la ley sólo por una ley posterior puede ser derogada, implica realmente una.⁸

II. SENTENCIA CONSTITUCIONAL: DECISUM Y RATIO DECIDENDI

Una “*vexata questio*” de la Teoría General del derecho es determinar si la jurisprudencia es fuente del derecho y tipo específico de fuente. Podemos entender la sentencia como “...una norma jurídica, una norma particularizada en la precisión de su objeto y norma individualizada en la determinación de la esfera personal de su validez jurídica. Su ámbito espacial, temporal, material y personal de validez la singularizan como norma en el plexo de la preceptiva jurídica. Su índole es eminentemente normativa. Corresponde incuestionablemente al orden del deber ser” (Vanossi). Este concepto de filiación kelseniana sitúa a la sentencia en los “peldaños” de base de la pirámide jurídica, por ser acto de aplicación y creación de derecho, que está conformado y condicionado por los presupuestos del principio de jerarquía normativa. Al concepto de sentencia como norma individual sometida al imperio de la ley y a reglas de lógica, coherencia y razonabilidad, concordante con el concepto decimonónico del artículo 3º del Código Civil y artículo 170 del Código de Procedimiento Civil; se opone la sentencia constitucional, que en cuanto decisión casacional (anulación de los actos del poder sometidos a control de constitucionalidad) es fuente formal pri-

⁸ Aragón Reyes, Manuel. 1986. “La Interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del Control Jurisdiccional”. *REDC* N° 17, CEC, Madrid, pp. 85-136.

maria del sistema y en cuanto precedente o ratio decidendi es una fuente indirecta, con efecto o valor vinculante interna corporis relativo y valor externa corporis de eficacia persuasiva.⁹

Aún resuena en nuestra cultura jurídica y Teoría General del Derecho la afirmación de M. Robespierre, con motivo del debate acerca de los institutos de la casación y “référé législatif” en la Asamblea Nacional plasmado en el decreto de 27 de noviembre de 1790 “...Esa palabra de jurisprudencia de los tribunales, en la acepción que tenía en el antiguo régimen, nada significa en el nuevo; debe borrarse de nuestro idioma. En un Estado que cuenta con una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los Tribunales no es otra cosa que la ley, así hay siempre identidad de jurisprudencia”.¹⁰ Se impone en la familia de Derecho “Románico-Germánica” y en la Codificación la idea de que la jurisprudencia no es fuente formal directa, al menos la jurisprudencia tradicional de tribunales, por lo que la jurisprudencia es tratada como resultado de la ejecución de leyes y más como una fuente indirecta y complementaria que concreta reglas hermenéuticas. Aunque cabe matizar esta afirmación en el sentido que es aceptado que en cuanto concreción de reglas hermenéuticas la sentencia constitucional posee un especial valor, ya que concierne directamente con la Constitución.

Desde la perspectiva teórica acerca de las fuentes del derecho el tratamiento que sigue la sentencia del Tribunal Constitucional difiere, sea por sistema o familia de Derecho, sea en cuanto a la estructura de la sentencia misma. Ciertamente nos situamos en las coordenadas de la familia de Derecho “Románico-Germánica” y de un modelo concentrado de Jurisdicción Constitucional. Entendemos que las fuentes de derecho “...aquellos hechos o actos jurídicos los cuales en virtud de las normas sobre la producción jurídica vigentes en un determinado ordenamiento, tienen como efecto la creación, modificación o derogación de disposiciones o normas integradoras de aquel ordenamiento” (Pizzorusso).¹¹

En la clasificación de las fuentes formales del derecho (constitucionales, primarias y secundarias) sólo tiene cabida la sentencia del Tribunal Constitucional

⁹ Pera Verdaguer, Francisco. 1979. “Fuentes del Derecho, Jurisprudencia y Constitucionalidad”, en libro colectivo, *La Constitución Española y las Fuentes de Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, 3 volúmenes, Madrid, vol. III, pp. 1607-1628. También de Jorge R. A. Vanossi. 1984. *El Recurso Extraordinario Federal. Control de Constitucionalidad* (prólogo F. De la Rúa). Edit. Universidad, Buenos Aires, pp. 75 y siguientes.

¹⁰ Cita tomada del libro clásico de Francisco Geny. 1925. *Método de Interpretación y Fuentes del Derecho Privado Positivo*. Edit. Reus, 2ª ed., Madrid, p. 88.

¹¹ Pizzorusso, Alessandro. 1989. “Las Fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico italiano”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 3, CEC, Madrid, 1989, pp. 269-321. Del mismo autor “Gli effetti delle decisioni della Corte Costituzionale nei giudizi ordinari”. *Rivista Trimistrale di Diritto e Procedura Civile*, 1987, pp. 909 y siguientes.

en cuanto *decisum*. En efecto, reiterando lo expuesto a propósito del modelo de Kelsen, las sentencias estimatorias e interpretativas de rechazo del Tribunal Constitucional, recaídas en un proceso de control de constitucionalidad es una fuente primaria, es decir una fuente formal del derecho dotada de fuerza anulatoria o invalidatoria, efectos personales *erga omnes* y efectos temporales *pro futuro*; sin perjuicio del polémico rol creador que el juez constitucional tiene usando técnicas que dan origen a sentencias manipulativas o aditivas.¹² En este cuadro las sentencias desestimatorias, como hemos dicho, no añaden nada nuevo al acto estatal sometido a impugnación, ya que este acto en cuanto parte integrante de un ordenamiento-sistema, goza *ab initio* de una presunción de legitimidad.¹³

Sin embargo, nos interesa en este lugar la sentencia del Tribunal Constitucional no ya como fuente formal primaria sino como fuente indirecta, es decir, en cuanto precedente y resultado de reglas hermenéuticas propias. Como hemos dicho la doctrina del precedente designa un principio de derecho (*ratio decidendi*) que ha sido aplicado por un juez para decidir un caso análogo al que le corresponde ahora resolver a otro juez, o incluso al mismo. El precedente goza de una fuerza normativa peculiar, que difiere en los sistemas jurídicos o familias de Derecho; de suerte que tenemos un vínculo absoluto (*binding*) como ocurre en el derecho inglés, que sólo autoriza a desvincularse si el caso es distinto (*distinguishing*) o bien que la solución anterior es fruto de un error (*per incuriam decisionis*); o simplemente como ocurre en los sistemas de Derecho “Románico-Germánico” el precedente puede gozar de un valor o “eficacia persuasiva” (Pizzorusso).

La “eficacia persuasiva” tiene una conexión directa con el principio de igualdad constitucional (igualdad ante la ley, entendida como igualdad ante las normas) como imperativo para los jueces, es decir, la exigencia de que casos análogos deban ser decididos análogamente en la medida de lo posible evitando así la lesividad originada por soluciones distintas para supuestos análogos. Esta conexión precedente-principio de igualdad es tan intensa que incluso en los ordenamientos jurídicos más fieles con la tradición de la Codificación y de la Revolución Francesa, en que la casación opera como instituto nomofiláctico, se justifica este rol de la jurisprudencia en razón del principio de igualdad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional siempre puede modificar un precedente, evitando así una petrificación o esclerosis de su jurisprudencia.¹⁴

¹² Pizzorusso Alessandro. 1984. *Lecciones de Derecho Constitucional* (Traducción J. Jiménez Campo y Prólogo de F. Rubio Lorente). Edit. CEC, 2 volúmenes, Madrid, volumen II, pp. 337-344.

¹³ Otto Pardo, Ignacio de. 1987. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Edit. Ariel S.A. Barcelona, pp. 284-303.

¹⁴ Sobre la crítica en la República Federal de Alemania a la sentencia relativa a la Grundlagenvertrag en Benda, Maihorfer, Vogel, Hesse, Heyde. 1996. *Manual de Derecho Constitucional* (Presentación C. Hesse, edición, prolegómena y traducción A. López Pina). Edit Marcial Pons-IVAP, Madrid, pp. 842-843.

Esta “eficacia persuasiva” de los precedentes es conectada por Pizzorusso con tres elementos: primero el carácter de fuente cultural del precedente, ya que es producido por la actividad de una serie de sujetos (jueces, abogados, juristas) que son portadores de un tipo de valores; segundo el precedente asume el carácter de fuente productiva de normas interpretativas, ya que son principios de derecho identificados al hilo de la decisión concreta, decisión orientada a aplicar normas, y tercero, la eficacia del precedente está ligada a la posición y especialidad que tiene en el Estado el Tribunal o Juez de que emana.

En España se ha planteado el tema de la vinculación de los tribunales a su jurisprudencia en general y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular. Así se ha afianzado una doctrina en general muy crítica con la regla del precedente y con ello la idea que la jurisprudencia no es fuente del Derecho, como se razona en el Auto de la Sala Tercera (Sección 4ª) del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1991 (Rep. Aranzadi 3516) que diferencia el principio de unidad de doctrina que constituye uno de los aspectos del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación judicial de la ley que resulta protegido por el artículo 14 de la Constitución, de la cuestión bien distinta de que los precedentes judiciales sean vinculantes para casos posteriores en los siguientes términos: “como el Tribunal Constitucional (ad ex., S. 49/1985, de 28 de marzo) ha indicado en repetidas ocasiones (...) no puede exigirse de un órgano judicial el mantenimiento indefinido de sus propios precedentes. La posibilidad de modificar un criterio previamente adoptado es incluso exigencia de la propia función judicial pues el Juez, en el sistema constitucional español, está sometido a la Constitución y al imperio de la Ley (arts. 117.1 CE y 1 LOPJ) y no al precedente judicial, o, más rectamente, no está vinculado al precedente judicial (*stare decisis*) cuando el mismo ya no responda en el caso concreto a la Constitución y al imperio de la ley, y siempre que conste que (el juez, al apartarse del precedente) ha obrado con la obvia reflexión que, en garantía del derecho a la igualdad citado exige la propia jurisprudencia del Alto Tribunal, y que consiste en: a) no modificar arbitraria o inadvertidamente el sentido de las decisiones en casos sustancialmente iguales, debiendo la variación en la interpretación de la Ley ser fundamentada y adoptada de forma reflexiva por el Juzgador, teniendo en cuenta sus propios precedentes (STC 48/1987, de 22 de abril), y b) que el órgano que considere necesario apartarse de sus precedentes ofrezca para ello una fundamentación suficiente y razonable (STC 166/1985, de 9 de diciembre, entre otras muchas).¹⁵

¹⁵ Consultar sobre art. 64 C.E. y alcances del principio de igualdad constitucional a F. Rubio Llorente y otros. 1995. *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales* (Doctrina Jurisprudencial). Edit. Ariel, Barcelona, en especial pp. 108-138. También de Luis López Guerra. 1998. *Sentencias Básicas del Tribunal Constitucional*. Edit CEPC, BOE, Madrid, en especial pp. 387-397. Además sobre los precedentes mismos consultar a Francisco Javier Ezquiaga. 1987. *La Argumentación en la Justicia Constitucional Española*. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao,

El precedente de la sentencia constitucional goza de una “eficacia persuasiva” que tiene un anclaje especial en reglas de argumentación y fundamentación. En efecto en el modelo de Jurisdicción Constitucional concentrada los Tribunales Constitucionales se configuran como órganos de naturaleza jurídica llamados a resolver conflictos eminentemente políticos, por lo que la legitimidad del Tribunal y su jurisprudencia está vinculada a la calidad de sus precedentes y jurisprudencia en general, y ciertamente, no olvidando por obvio, a la generación democrática de sus integrantes.

La relativa libertad de creación de los jueces constitucionales obliga a identificar los modos de argumentación y de fundamentación (Otto). Las decisiones en que se aplica derecho se basa en un modelo argumental, que adquiere aceptación general o legitimidad, y que comprende a la Constitución misma con su compleja estructura normativa. Así es un imperativo de la sentencia constitucional, su fundamentación en criterios de aceptación general, que tienen dos premisas: primero la sumisión del juez a la norma (derecho constitucional material y adjetivo) y segundo, en la medida en que la sumisión del juez a la norma no predetermina el contenido de la decisión, ésta debe apoyarse en una regla de aplicación. A la primera clase (sumisión del juez a la norma) pertenecen las reglas de interpretación en particular y reglas de hermenéutica en general, y las construcciones dogmáticas; y a la segunda clase (reglas de aplicación) pertenecen los precedentes o jurisprudencia. Así para una buena “práctica constitucional” se requiere de una buena “teoría constitucional”, dado el lazo entre modo de argumentar en el que opera la vinculación de los argumentos al precedente, a las reglas de interpretación y a la dogmática (Otto).

Las reglas de aplicación en una democracia constitucional se enderezan a asegurar ciertos valores y principios básicos: seguridad jurídica, igualdad ante la ley y unidad del derecho; y así reducir el margen de creación del juez constitucional. La utopía ilustrada-revolucionaria de eliminar o reducir la libertad de creación de los jueces (“poder nulo” como caracterización del Poder Judicial por el barón de Montesquieu), sigue siendo un objetivo válido y toral en la arquitectura del Estado de Derecho y del Estado democrático,¹⁶ que repulsa el activismo judicial o del Estado Judicial.

Con todo, la doctrina del precedente plantea múltiples problemas a la hora de identificar el principio de derecho, ya que la *ratio decidendi* es fruto de opera-

¹⁶ Otto Pardo, Ignacio D. 1989. *Estudios sobre el Poder Judicial*. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, pp. 73-79. Del mismo autor, 1981. “La Posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la Interpretación Constitucional”, en libro colectivo: *El Tribunal Constitucional*, 3 volúmenes, I.E.F., Madrid, vol. III, pp. 1935-1951.

ciones cognitivas y volitivas del juez en que existe hecho y derecho, y con alcances prácticos diferenciados.¹⁷

Nuestro Tribunal Constitucional ha decantado las reglas hermenéuticas que aplica y en ocasiones las hace explícitas en sus fallos, superando, a menos en el papel, las reglas tradicionales de Savigny establecidas en el artículo 19 y siguientes del Código Civil (Valenzuela Somarriva). Asimismo nuestro Tribunal ha reconocido el valor interna corporis relativo del precedente y empleado con cierta frecuencia el recurso de reiterar su jurisprudencia anterior como se observa desde la sentencia de Plantas de la Contraloría en 1992 y sentencia de Juzgados de Policía Local de 1993. Por la vía ejemplar esta Magistratura ha sostenido: "...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" (STC Rol N° 171, cons. 15°).¹⁸

III. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN NUESTRO DERECHO

El precedente constitucional emanado de la sentencia del Tribunal Constitucional arranca usualmente de la ratio decidendi, "Tragende Gründe", parte motiva o "considerandos resolutivos", constituyendo una fuente indirecta o complementaria del ordenamiento jurídico. En cuanto fuente indirecta los precedentes poseen un relativo valor vinculante interna corporis para el Tribunal Constitucional y valor o "eficacia persuasiva" externa corporis para los tribunales que integran el Poder Judicial. Esta "eficacia persuasiva" tiene su primer apoyatura en que compete al Tribunal Constitucional ser el intérprete supremo de la Constitución.

Con todo en la perspectiva de *lege ferendae* se hace notar la falta de una norma integradora de reglas hermenéuticas entre el Poder Judicial y el Tribunal

¹⁷ Alonso García, Enrique. 1984. *La interpretación de la Constitución*. Prólogo F. Rubio Lorente, Edit. CEC, Madrid, pp. 165-182. Del mismo autor, 1988. "La Jurisprudencia Constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 1, CEC, Madrid, pp. 173-209.

¹⁸ Valenzuela Somarriva, Eugenio. 2005. *Criterios de Hermenéutica Constitucional Aplicados por el Tribunal Constitucional*. Edita Tribunal Constitucional, Santiago. También muy útil el trabajo pionero en este tema de Patricio Zapata Larraín. 1993. "El Precedente en la Jurisprudencia Constitucional Chilena y Comparada", en XXIV Jornadas de Derecho Público, *Revista Chilena de Derecho* N° 20, tomo I, pp. 499-508.

Constitucional, como en España el artículo 5º.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial, que dispone: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. Tal precepto se acopla con el artículo 40.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, que dispone: “En todo caso, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída en leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelven recursos y cuestiones de inconstitucionalidad”.

En los Tribunales Constitucionales de América del Sur, se recogen reglas sobre precedentes muy amplios en los casos de la Corte Constitucional de Colombia y de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

En Colombia el artículo 48 de la Ley N° 270 Estatutaria de la Administración de Justicia de 1996 de conformidad con el artículo 230 de la Constitución de 1991 dispone que “...sólo sería de obligatorio cumplimiento y con efectos erga omnes la parte resolutive de los fallos. La parte motiva constituye sólo criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general”; aunque la jurisprudencia de la Corte ha establecido el carácter vinculante de su interpretación, a través de la doctrina del precedente.

En Venezuela la Sala Constitucional del Tribunal Supremo fundada en el artículo 335 de la Constitución de 1999, establece la vinculatoriedad de las interpretaciones constitucionales con motivo de la decisión de conflictos o solicitud de interpretación (S.S.C. del Tribunal Supremo N° 1309, caso Hermanos Escarrá de 19 de julio de 2001) o bien al resolver casos concretos (S.S.C. del Tribunal Supremo N° 1860, caso Consejo Legislativo del Estado de Barinas, de 5 de octubre de 2002).¹⁹ También la Sala Constitucional ha sostenido que la única interpretación

¹⁹ Nogueira Alcalá, Humberto. 2005. *La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamérica del Sur. En la Alborada del siglo XXI*. Edit. LexisNexis, Santiago, pp. 312-315. Consultar de Diego Uribe Vargas. 1992. *La Constitución de 1991 y el Ideario Liberal*, U. Nacional de Colombia, pp. 188-198. Consultar un enfoque crítico en Allan R. Brewer-Carías. 2004. *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*. Edit. Jurídica Venezolana, 4ª edición, Caracas, 2 volúmenes, vol. II, pp. 990-1001. Una panorámica latinoamericana de Francisco Eguiguren P. 2002. “Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional”, en volumen “Tribunales y Justicia Constitucional” de la *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (9 volúmenes), Instituto de Investigaciones Jurídicas y Varias Universidades, México D.F., pp. 165-192.

vinculante es la “interpretación constitucional” o la interpretación “desde la Constitución” (S.S. S.C. del Tribunal Supremo N° 727 de 8 de abril de 2003, N° 291, de 3 de marzo de 2000).

Resulta pertinente en este lugar, a propósito del tratamiento de la doctrina del precedente y efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional, comentar sumariamente el proyecto de ley que modifica la Ley N° 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional para adecuarla a la reforma constitucional promulgada mediante Ley N° 20.050, de 2005 (Mensaje N° 432-353 de 7 de diciembre de 2005), que en su parte expositiva señala: “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 quedan 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”. “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”. Consecuencia de lo expuesto, el proyecto de ley dispone en lo pertinente como nuevos incisos del artículo 31:

“Los órganos del Estado están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal resuelva”.

“El Tribunal quedará vinculado por sus precedentes. Sin embargo, por razones fundadas, podrá cambiar lo resuelto con anterioridad”.

El informe complementario recaído en el proyecto de ley de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia (Boletín N° 4059-07 de 7 de abril de 2006) consigna la aprobación por unanimidad de un nuevo texto recogido en una indicación del Ejecutivo, del tenor siguiente:

“Toda sentencia del Tribunal que modifique 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”.

El mencionado Informe Complementario consigna el fundamento del cambio introducido: “Esta indicación tiene por objeto reemplazar el inciso que establecería que el Tribunal quedaba vinculado por sus precedentes, pudiendo cambiar lo resuelto en situaciones anteriores similares sólo por razones fundadas. Esta disposición busca dar certeza jurídica en materia constitucional respecto de los criterios jurisprudenciales, de tal manera que si se produce algún cambio en el criterio resolutivo, ello deba ser justificado fundadamente. Sin embargo, se estimó pertinente no hacer alusión al vocablo ‘precedentes’ por cuanto dicho término no se ajusta a la realidad del ordenamiento jurídico chileno”.

Este texto fue despachado en el primer trámite constitucional del proyecto por la sala de la Cámara de Diputados (oficio N° 6110, de 12 de abril de 2006), y que se encuentra en actual segundo trámite en el Senado.

El importante reconocimiento al valor de las sentencias y los precedentes contenidos en el Mensaje del proyecto de ley, se ven anuladas en un texto del nuevo inciso final del artículo 31 de la ley, que simplemente es un galimatías o “imposible normativo”, por razones que parecen evidentes, a saber:

a) Las sentencias del Tribunal Constitucional tienen una forma: la propia de las decisiones de un juez o colegio de jueces, ya que deberán cumplir “en lo pertinente” con los requisitos indicados en los números 1 al 6 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil (inciso primero del art. 31 de la Ley N° 17997). Ello significa que la sentencia debe reunir requisitos generales (fecha, firma y autorización de ministro de fe) y requisitos especiales establecidos en el artículo 170 citado y por remisión indirecta en el auto acordado de 30 de septiembre de 1920 de la Excm. Corte Suprema sobre la forma de este acto jurisdiccional, a partir de los cuales hablamos de parte expositiva, parte considerativa y parte dispositiva o resolutive.²⁰

²⁰ “d) 1° *Parte expositiva*. En esta primera parte de la sentencia, el juez hace un resumen de la demanda, contestación, réplica y dúplica y de los demás trámites del proceso hasta la citación para oír sentencia. La omisión de esta parte acarrea la nulidad de la sentencia, que se hace efectiva por medio del recurso de casación en la forma (art. 768, N° 5°). Debe contener:

1) La designación precisa de las partes litigantes, su domicilio, profesión u oficio (art. 170, N° 1°). Son partes la que promueve la acción y aquella contra quien se deduce. Su designación tiene mucha importancia para los efectos de los límites subjetivos de la cosa juzgada.

2) La enunciación breve de las peticiones o acciones deducidas por el demandante y de sus fundamentos, y las enunciaciones de las excepciones o defensas alegadas por el demandado (art. 170, N°s 2° y 3°). El juez debe hacer un resumen de los hechos expuestos en la demanda y en la contestación.

e) 2° *Parte considerativa*. En esta parte de la sentencia, el juez aplica el derecho, operación que comprende tres fases: la reconstrucción de los hechos; la determinación de la norma legal aplicable, o, en su defecto, los principios de equidad en que se funda el fallo; y el examen de los requisitos para la procedencia de la acción. Tiene importancia para los efectos de la motivación de la sentencia, que es la única manera de llevar al ánimo de los litigantes la convicción de que han sido considerados todos los aspectos de la cuestión y tomadas en cuenta sus respectivas alegaciones. Esta parte debe contener las enunciaciones indicadas en los N°s 4 y 5 del art. 170:

“4° Las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia;

“5° La enumeración de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo”.

El auto acordado de la Corte Suprema establece en sus N°s 5°, 6°, 7°, 8°, 9° y 10°, con referencia a la parte considerativa de la sentencia, lo siguiente:

“5° Las consideraciones de hecho que sirvan de fundamento al fallo. Se establecerán con precisión los hechos sobre que versa la cuestión que debe fallarse, con distinción de los que hayan sido aceptados o reconocidos por las partes y de aquellos respecto de los cuales haya versado la discusión,

“6° En seguida, si no hubiere discusión acerca de la procedencia legal de la prueba, los hechos que se encuentren justificados con arreglo a la ley y los fundamentos que sirvan para estimarlos

b) En la parte considerativa el juez aplica el derecho, es decir, reconstruye hechos, determina normas o principios, y requisitos de procedencia de la acción; lo que conecta con la parte dispositiva o resolutive, en que el encadenamiento viene dado por los “considerandos resolutivos”, donde se sitúan los fundamentos o *ratio decidendi*, y conforma propiamente el precedente.

c) Asimismo, el inciso segundo del artículo 31 de la Ley N° 17.997 admite que el Tribunal Constitucional, en cuanto colegio de jueces, tenga opiniones o votos particulares, sean prevenciones o disidencias, las deberán constar en el fallo.

d) En cambio el precepto aprobado en primer trámite exige que la sentencia que “modifique o altere sustantivamente” lo resuelto con anterioridad sobre la misma “materia”, debe declarar tal cambio y fundar las razones de éste. Más allá de lo confuso de hablar de “materia” y lo “resuelto”, la preceptiva aprobada identifica erradamente el precedente con la decisión, y olvida que esta última está cubierta por la eficacia de la autoridad de cosa juzgada reconocida expresamente en el artículo 32 de la Ley N° 17.997. Luego es simplemente “imposible” que el Tribunal Constitucional revise, modifique, altere o desconozca la cosa juzgada.

e) Finalmente si se quiere dotar de relativo valor vinculante interna corporis a los “precedentes”, lo cierto es que no sólo los cambios de jurisprudencia sino toda sentencia debe contener una *ratio decidendi* o “precedente”. A lo que cabe agregar una obviedad, por definición la sentencia se somete a un esquema argumentativo y a reglas de aplicación, que asegurar su intersubjetividad comunicativa (reglas de lógica, coherencia y razonabilidad).

comprobados, haciéndose, en caso necesario, la apreciación correspondiente de la prueba de autos conforme a las reglas legales;

“7° Si se suscitare cuestión acerca de la procedencia de la prueba producida, la exposición de los fundamentos que deben servir para aceptarla o rechazarla, sin perjuicio del establecimiento de los hechos en la forma expuesta en los párrafos precedentes para los fines consiguientes;

“8° Establecidos los hechos, las consideraciones de derecho aplicables al caso;

“9° La enunciación de las leyes o en su defecto de los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo;

“10° Tanto respecto de las consideraciones de hecho como las de derecho, el tribunal observará al consignarlas el orden lógico que el encadenamiento de las proposiciones requiera, y, al efecto, se observará, en cuanto pueda ser aplicable a los tribunales unipersonales, lo dispuesto en el artículo 186 del Código de Procedimiento Civil”.

f) 3° *Parte resolutive y dispositiva*. Es en esta parte donde el juez pronuncia su fallo y es ella la que produce los efectos de cosa juzgada. Establece el artículo 170, N° 6°: “Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán: ...61 La decisión del asunto controvertido. Esta decisión deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio; pero podrá omitirse la resolución de aquellas que sean incompatibles con las aceptadas”.

El asunto controvertido está constituido, pues, por todas las acciones y excepciones hechas valer oportunamente y en forma”. Consultar I. Rodríguez P. 1995. *Procedimiento Civil*. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 5ª edición, pp. 234-235.

f) En suma la sentencia constitucional debe, por imperativo de su configuración como acto estatal, ser fundada, con independencia de utilizar el precedente como técnica, lo que está suficientemente demostrado al examinar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que recurre a este expediente, como, verbi gratia, en la relación ley reglamento en la que ha surgido un conjunto de reglas o criterios: esencialidad-adjetividad, determinación, especificidad, habilitación suficiente; o bien en la calificación de la ley orgánica constitucional y su dominio o reserva, o simplemente en aspectos procesales relativos a activar al Tribunal como la admisibilidad de requerimientos.

Ahora bien, los principios y valores constitucionales de seguridad jurídica, igualdad ante la ley y unidad del ordenamiento que tienen por finalidad reducir el margen de creación de los jueces, es también apoyatura sólida a la doctrina del precedente en la sentencia constitucional. Pero es una apoyatura que transita entre un Escila y un Caribdis, es decir, una bipolaridad entre estos principios y la necesidad de que ello no conduzca a un “rígido sistema de precedente” que impida al Tribunal interpretar flexible y evolutivamente la Constitución.

De esta suerte más allá de la cosa juzgada de las sentencias constitucionales (decisum), el valor vinculante de los precedentes interna corporis debe ser un valor relativo y tomado con ciertos resguardos, abierto al cambio de precedente, y el valor externa corporis debe traducirse en una “eficacia persuasiva” (en conexión con la vinculación de los “poderes públicos” de la sentencia) en general y de los tribunales en particular, eficacia (y vinculación) que debe ser prudente y deferente; cuya autoridad o legitimidad arranca en último término del modelo argumental y reglas de aplicación.²¹

Por ello, en la dogmática alemana (art. 94.2 de GG y parágrafo 31.1 BVerf. GG) y española (art. 164.1 C.E. y art. 38.1 y 40.2 de las leyes orgánicas judiciales), los conceptos de cosa juzgada (“Rechtskraft”), vinculación de los poderes públicos (“Bindungswirkung”) y fuerza de ley (“Gesetzeskraft”) resultan complejos, y en especial la “vinculación de los poderes públicos”, que supone una extensión del enlace de la decisión a la ratio decidendi, un ensanchamiento del círculo de obligados por el precedente y la consideración de que el Tribunal

²¹ Bocanegra Sierra, Raúl. 1982. *El Valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional*, Edit. IEAL, Madrid, pp. 11-29. También del maestro mexicano Héctor Fix Zamudio. 2002. “Breves Reflexiones sobre la Naturaleza, Estructura y Funciones de los Organismos Jurisdiccionales Especializados en la Resolución de Procesos Constitucionales”, en *Memoria VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (9 vol.), en volumen “Tribunales y Justicia Constitucional”. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM y varias Universidades, México DF., pp. 201-238, en especial 229-233.

Constitucional no estaría vinculado a las consecuencias de este efecto, sino sólo al tenor del fallo.²²

IV. CONCLUSIONES

Toda reflexión acerca del precedente (*ratio decidendi*) emanado de las sentencias del Tribunal Constitucional tiene dos orillas: primero el relativo valor vinculante interna corporis del precedente para el Tribunal cuestión a la que nos hemos referido en el capítulo anterior, utilizando como excusa un examen sumario del proyecto de modificación de la Ley N° 17.997 Orgánica Constitucional del rubro en actual trámite parlamentario y segundo el complejo o problemático valor vinculante externa corporis del precedente para los tribunales que integran el Poder Judicial.

La “eficacia persuasiva” del precedente obviamente nos da un sendero o pista acerca del impacto que el precedente constitucional debe tener en la potestad jurisdiccional ejercida por los tribunales que integran el Poder Judicial. Sin embargo esta perspectiva es muy parcial, ya que la reforma constitucional de 2005, que en otro lugar hemos comentado, separa radicalmente el control de constitucionalidad de la casación. En efecto la reforma constitucional establece el monopolio del contencioso constitucional en el Tribunal Constitucional, fortaleciendo con ello el rol de corte de casación que posee la Corte Suprema. La doble sumisión de los tribunales que integran el Poder Judicial a la Constitución y la ley, salvando el imperio de la ley, es a través de la acción de inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad, en la que los jueces gozan de legitimación procesal activa.

Luego la “fuerza normativa” de la Constitución, tema de suyo complejo y polémico en sus alcances y que ha sido objeto de un tratamiento muy parcial en nuestro medio aquejado de “fetichismo” constitucional, frente a la primariedad de la ley, admite la interpretación conforme por los tribunales del Poder Judicial y un empleo limitado de la Constitución como derecho material y adjetivo.

²² Bocanegra Sierra, Raúl, pp. 108 y 119. Cita este autor español al jurista alemán Klaus Vogel: “Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht”, en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen, 1976. Una lectura distinta de Francisco Rubio Llorente y Manuel Aragón. 1988. “La Jurisdicción Constitucional” en libro colectivo *La Constitución Española de 1978*. Estudio Sistemático dirigido por los profesores Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría, Edit. Civitas, 2ª ed., reimpresión, Madrid, pp. 829-886, es especial 849-850.

Se presenta con la reforma constitucional de 2005, y en especial con la acción de inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad, como mecanismo que instaura un proceso de control concreto de constitucionalidad de leyes, un potencial foco de problemas en la relación orgánica, funcional e institucional entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, de lo cual el alcance efectivo de los precedentes es un primer problema simplemente. Ello porque indirectamente la sentencia estimatoria de inaplicabilidad o de inconstitucionalidad puede tener alcance casatorio o revocatorio de fallos dictados por tribunales que integran el Poder Judicial, para no mencionar el alcance cautelar en las gestiones ante tribunales a quo de las suspensiones de procedimiento emanadas de las Salas del Tribunal Constitucional.

El foco de problemas referido es resultado de una cosmovisión acerca de la Jurisdicción Constitucional que impera en los sistemas de Derecho “Románico-Germánico” y que constata la carencia “conciencia constitucional” del juez ordinario, también denominado “juez burócrata” (Cappelletti) y una cierta desconfianza a este tipo de jueces que se remonta a las revoluciones político-burguesas del siglo XVIII.²³ Esta cosmovisión explica en parte el éxito del modelo concentrado de Kelsen y el rechazo al modelo difuso de revisión judicial de legislación (Cappelletti, Favoreu, Vanossi).

El foco de problemas referidos es fruto de la articulación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, siendo las vías de articulación las siguientes: soluciones orgánicas y soluciones procesales. Tales soluciones tienden por la mecánica del control de constitucionalidad y de la casación a generar una supremacía o mejor dicho primacía del Tribunal Constitucional, en sí misma problemática (sea que se trate de una supremacía institucional o una supremacía funcional).

En suma la doctrina del precedente nos permite sostener de modo prospectivo que el precedente constitucional emanado de las sentencias del Tribunal Constitucional tendrá un impacto no “traumático” o “conflictual”, en la actividad jurisdiccional de los tribunales ordinarios y especiales que integran el Poder Judicial en la medida que se produzca un cambio en la “conciencia constitucional” de los jueces del orden temporal, de suerte que la ratio decidendi permita ejercitar un modelo de argumentación y reglas de aplicación en que el valor normativo y eficacia normativa de la Constitución tengan un imperio efectivo, pero reconociendo la primariedad de la ley como fuente del derecho y la sumisión de este Poder del Estado al imperio de la ley.

²³ Pérez Tremps, Pablo. 1985. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Ed. CEC. Madrid, pp. 197-203. De Mauro Cappelletti. 1990. *Le Pouvoirs des Juges* (Trad. R. David - Préface L. Favoreu), P.U. D Aix-Marseille-Economica. También de Jorge R. A. Vanossi. *Teoría Constitucional...*, ob. cit., pp. 99-118.

Lo anterior supone un cambio en la cultura jurídica hasta ahora legiscentrista y privatista, que incide en valores, pautas de conductas, tipos de formación académicas, currículas, etc., de los jueces y la aceptación de la primacía del Tribunal Constitucional en cuanto intérprete supremo de la Constitución. Un “intérprete supremo”, pero no único, ya que en una democracia constitucional existe pluralidad de intérpretes y operadores del derecho. En efecto el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución es la “pieza fundamental” de nuestro ordenamiento (Aragón), pero debe ejercer su potestad en armonía con el principio democrático y el Estado de Derecho. Nuevamente la prudencia y deferencia razonada del Tribunal se impone como regla práctica en su relación con otros poderes públicos, ya que a pesar de su menesterosidad de medios materiales y deficitaria legitimidad democrática, tiene un tremendo poder político en cuanto “destructor de leyes” y una autonomía-independencia (a la que se suma su irresponsabilidad constitucional) que amenaza con convertirse en una suerte de “soberanía” en el sentido que “los jueces reemplacen por sus valores y sus fines propios los que la comunidad en que ellos se desenvuelven está compartiendo contemporáneamente” (Vanossi). Además, una exigencia de la “democracia continua” (Rousseau) es que el ciudadano moderno encuentra en el Tribunal Constitucional un espacio, más allá de la democracia representativa, para participar en la formación de la voluntad política, sometiendo a control de constitucionalidad los actos del poder, y obteniendo de modo directo o indirecto una tutela extraordinaria merced al proceso de amparo (e incluso del proceso de constitucionalidad) de sus derechos fundamentales.²⁴

De allí que cifremos esperanzas, con cierta sana dosis de crítica y escepticismo, para un mejor Estado de Derecho y una mejor República democrática en la misión institucional del Tribunal Constitucional como guardián e intérprete supremo de la Constitución, y en sus decisiones, en el *decisum* y en el *ratio decidendi*; y en la prudente y deferente vinculación de los poderes públicos a la aplicación e interpretación de la Ley Fundamental que hace esta nueva “aristocracia togada” de la institución contramayoritaria por excelencia de la democracia constitucional. Tal democracia constitucional parece ser en los albores del siglo XXI la única democracia posible, pero se enfrenta a la desustancialización de la soberanía del pueblo y su sustitución por la “soberanía de la Constitución”. La inserción del Tribunal Constitucional y su problemática legitimidad y necesidad en esta democracia posible y en concreto en el arreglo institucional imperante, depende, entre otros factores, de sus decisiones o sentencias, del *decisum* y de la *ratio decidendi* frutos de una lectura de la Constitución como dere-

²⁴ Aragón Reyes, Manuel. 1998. *Estudios de Derecho Constitucional*. Edit. CEPC, Madrid, pp. 109-190. De Jorge R. A. Vanossi: *Teoría Constitucional*, ob. cit., pp. 119-139. Del jurista francés Dominique Rousseau. 2002. *La Justicia Constitucional en Europa* (Estudio preliminar T. Freixes Sanjuan y traducción I. Ortiz P.). Edit. CEPC, Madrid, pp. 106-107.

cho objetivo y derecho subjetivo, en que los valores profesados son los socialmente dominantes en el tiempo y espacio histórico.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso García, Enrique. 1984. *La interpretación de la Constitución*. Prólogo F. Rubio Lorente, Madrid. Edit CEC.
- Alonso García, Enrique. 1988. “La Jurisprudencia Constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 1, Madrid. ED. CEC.
- Aragón Reyes, Manuel. 1998. *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid, Ed. CEPC.
- Aragón Reyes, Manuel. 1986. “La Interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del Control Jurisdiccional”, en *REDC* N° 17, CEC, Madrid, España.
- Benda, Maihorfer, Vogel, Hesse, Heyde. 1996. *Manual de Derecho Constitucional* (Presentación C. Hesse, edición, prolegómeno y traducción A. López Pina). Madrid, Edit. Marcial Pons - IVAP.
- Bocanegra Sierra, Raúl. 1982. *El Valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional*, Edit. IEAL, Madrid.
- Brewer-Carías, Allan R. 2004. *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*. 4ª edición, 2 volúmenes. Caracas, Ed. Jurídica Venezolana.
- Cappelletti, Mauro. 1990. *Le Pouvoirs des Juges* (Trad. R. David-Préface L. Favoreu), P.U. D Aix-MarsTille-Economica.
- Castro y Bravo, Federico de. 1984. *Derecho Civil en España*. Madrid. Ed. Civitas.
- David, René. 1969. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos* (traducción de la 2ª edición francesa Pedro Bravo G.), Madrid. Edit. Aguilar.
- Eguiguren P., Francisco. 2002. “Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional”, en volumen “Tribunales y Justicia Constitucional” de la *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (9 volúmenes), Instituto de Investigaciones Jurídicas y Varias Universidades, México D.F.
- Ezquiaga, Francisco Javier. 1987. *La Argumentación en la Justicia Constitucional Española*. Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública.
- Fix Zamudio, Héctor. 2002. “Breves Reflexiones sobre la Naturaleza, Estructura y Funciones de los Organismos Jurisdiccionales Especializados en la Resolución de Procesos Constitucionales”, en *Memoria VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. 9 volúmenes.

- García Pelayo, Manuel. Derecho Constitucional Comparado, en *Obras Completas* (3 volúmenes), vol. I, Madrid, Edit. CEC.
- Geny, Francisco. 1925. Método de Interpretación y Fuentes del Derecho Privado Positivo, 2ª ed. Madrid, Edit. Reus.
- Kelsen Hans: “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)”, en recopilación 1988. *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo* (selección y presentación J. Ruiz Moreno). Edit. Debate, Madrid.
- Kelsen, Hans. 1993. *Teoría Pura del Derecho* (Trad. R. J. Vernengo de 2ª edición alemana). 7ª edic., México D.F. Edit. Porrúa.
- López Guerra, Luis. 1998. *Sentencias Básicas del Tribunal Constitucional*. Madrid, Edit. CEPC, BOE.
- Losano, Mario G. 1982. *Los Grandes Sistemas Jurídicos* (Trad. A. Ruiz Miguel), Madrid. Edit. Debate.
- Nogueira Alcalá, Humberto. 2005. *La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamérica del Sur en la Alborada del siglo XXI*. Santiago. Edit. LexisNexis.
- Otto Pardo, Ignacio D. 1989. *Estudios sobre el Poder Judicial*. Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones.
- Otto Pardo, Ignacio D. 1981. “La Posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la Interpretación Constitucional”, en libro colectivo: *El Tribunal Constitucional*, 3 volúmenes, Madrid, I.E.F.
- Otto Pardo, Ignacio de. 1987. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Barcelona. Edit. Ariel S.A.
- Pera Verdaguer, Francisco. 1979. “Fuentes del Derecho, Jurisprudencia y Constitucionalidad”, en libro colectivo, *La Constitución Española y las Fuentes de Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, 3 volúmenes, Madrid, vol. III.
- Pérez Tremps, Pablo. 1985. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid. Ed. CEC.
- Pizzorusso, Alessandro. 1989. “Las Fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico italiano”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 3, CEC, Madrid, España.
- Pizzorusso Alessandro. 1984. *Lecciones de Derecho Constitucional* (Traducción J. Jiménez Campo y Prólogo de F. Rubio Lorente). Madrid, Edit. CEC, 2 volúmenes.
- Rodríguez, P. 1995. *Procedimiento Civil*. 5ª edición, Santiago, Ed. Jurídica de Chile.

- Rousseau, Dominique. 2002. *La Justicia Constitucional en Europa* (Estudio preliminar T. Freixes Sanjuan y traducción I. Ortiz P.). Madrid, Edit. CEPC.
- Rubio Llorente, Francisco. 1993. *La Forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*. Madrid. Ed. CEC.
- Rubio Llorente, F. y otros. 1995. *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales* (Doctrina Jurisprudencial). Barcelona, Edit. Ariel.
- Rubio Llorente, Francisco y Aragón, Manuel. 1988. “La Jurisdicción Constitucional” en libro colectivo *La Constitución Española de 1978*. Estudio Sistemático dirigido por los profesores Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría”, Madrid. Edit. Civitas, 2ª ed., reimpresión.
- Toinet, Marie France. 1994. *El Sistema Político de los Estados Unidos* (prefacio S. Hoffmann y Trad. G.A. Gallardo J.), México D.F. Ed. FCE.
- Tribe, Laurence H. 1988. *American Constitutional Law*. 2ª ed., Mineola, New York. The Fundation Press.
- Uribe Vargas, Diego. 1992. *La Constitución de 1991 y el Ideario Liberal*. Santa Fe de Bogotá. U. Nacional de Colombia.
- Valenzuela Somarriva, Eugenio. 2005. *Criterios de Hermenéutica Constitucional Aplicados por el Tribunal Constitucional*. Santiago. Ed. Tribunal Constitucional.
- Vanossi, Jorge R. 1976. *Teoría Constitucional*. Buenos Aires, Edit. Depalma, 2 volúmenes.
- Vanossi, Jorge R. 1984. *El Recurso Extraordinario Federal. Control de Constitucionalidad* (prólogo F. De la Rúa). Buenos Aires. Edit. Universidad.
- Zapata Larraín, Patricio. 1993. “El Precedente en la Jurisprudencia Constitucional Chilena y Comparada”, en *XXIV Jornadas de Derecho Público, Revista Chilena de Derecho* N° 20, tomo I, pp. 499-508. Santiago, Ed. Pontificia Universidad Católica de Chile.