

## ENFOQUES CONCEPTUALES Y CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL A PRINCIPIOS DEL SIGLO XXI

Juan COLOMBO CAMPBELL\*

“La vida, la realidad y el porvenir de las cartas constitucionales de nuestra época, descansa en la justicia constitucional”.

Mauro CAPPELLETTI

SUMARIO: I. *Antecedentes que deben considerarse para cumplir los desafíos del derecho procesal constitucional en el siglo XXI.* II. *Un ejemplo de cómo la Constitución política se adapta a los nuevos desafíos del siglo XXI. El requerimiento de inaplicabilidad ante el Tribunal Costitucional.* III. *Su regulación en el sistema chileno a partir de la reforma de 2005.* IV. *Reflexiones finales.*

### I. ANTECEDENTES QUE DEBEN CONSIDERARSE PARA CUMPLIR LOS DESAFÍOS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN EL SIGLO XXI

#### 1. *Conceptos generales*

Los valores y principios constitucionales son un patrimonio jurídico de la humanidad que las Constituciones políticas deben necesariamente aprovechar, incorporándolos en sus textos y contemplando, como su na-

\* Ministro del Tribunal Constitucional de Chile.

tural consecuencia, un sistema jurisdiccional que los proteja, a través de un debido y justo proceso.

Hoy existe una clara trilogía en que se entrelazan los conceptos de Constitución, jurisdicción constitucional y debido proceso constitucional.

El derecho constitucional clásico se ve así reforzado con los mecanismos eficientes de protección que le proporciona el nuevo y vigoroso derecho procesal constitucional.

En efecto, las Constituciones políticas modernas en sus textos consagran los principios, valores y bases del sistema jurídico normativo, el que, para ser eficaz, debe necesariamente contar con un mecanismo que resuelva jurisdiccionalmente los conflictos producidos por su quebrantamiento formal o sustancial.

Hoy observamos cómo el mundo civilizado en sus cartas básicas garantiza los derechos de las personas, regula sus relaciones con el Estado, distribuye el poder entre los diversos organismos públicos creados por la Constitución e instaura un sistema jurisdiccional integral que protege y garantiza la eficacia real de sus disposiciones y valores.

En este contexto, resulta evidente que la jurisdicción juega un nuevo rol trascendental al posicionarse como el medio idóneo destinado a resguardar a través del debido proceso el Estado de derecho y la supremacía constitucional, principios fundamentales destinados a regir los destinos de cada país, los de sus habitantes y protegerlos frente a cualquier tipo de quebrantamiento normativo o abuso de poder.

Es por ello que el profesor Louis Favoreu, en su trabajo sobre *Justicia y jueces constitucionales*, afirma que el desarrollo de la justicia constitucional es ciertamente el acontecimiento más destacado del derecho público del siglo XX, en el viejo mundo y quizás en el mundo entero, y concluye que hoy no se concibe un sistema constitucional que no reserve un lugar a esta institución. Esto explica que en Europa todas las nuevas Constituciones han previsto, además de una Corte Suprema o de un Tribunal de Casación, la existencia de un Tribunal Constitucional, al igual que como lo han hecho algunos países latinoamericanos. Esto es algo necesario de lograr en todo ordenamiento jurídico que se respete.

En esta perspectiva, la Constitución así estructurada definitivamente se plantea como una norma *decisoria litis* de aplicación directa por el juez, en la solución de todo conflicto constitucional sometido a su imperio.

Puede decirse que hoy presenciamos una nueva legitimidad, la constitucional.

Existe coincidencia académica, en que toda Constitución impone la necesidad de contar con un órgano jurisdiccional que garantice su cumplimiento y la plena observancia de sus normas y principios, y con un debido proceso que le permita ser efectiva.

En este entorno, el debido proceso se perfila como la culminación de la protección jurisdiccional de la Constitución, toda vez que si consideramos solamente la jurisdicción constitucional en abstracto y no al instrumento destinado a hacerla efectiva en el caso concreto, estaríamos frente a un sistema imposible, incompleto e inoperante de justicia constitucional.

Postulo que jurisdicción y proceso son conceptos indisolublemente unidos y que no pueden subsistir el uno sin el otro.

La jurisdicción sin proceso es inviable y el proceso sin jurisdicción no es un proceso jurisdiccional y, por lo tanto, lo inhibe para decidir un conflicto de intereses de relevancia constitucional con efecto de cosa juzgada.

La protección jurisdiccional de las disposiciones constitucionales por medio del debido proceso, constituye así el mecanismo que le permitirá recuperar su eficacia real, en caso de producirse un acto de cualquier sujeto que las quebrante. La sentencia que lo decida se presenta como el medio natural que reivindicará la plena vigencia de la norma constitucional vulnerada con la presencia del conflicto.

Es aquí donde emerge la figura de su guardián, el Tribunal Constitucional, magistral creación de Kelsen destinada a garantizar la eficacia de la supremacía constitucional a través del debido proceso.

Calamandrei, muy bien ha dicho que todas las declaraciones constitucionales son fútiles, si no existen medios jurídicos procesales que aseguren su eficacia real.

Recordemos que a partir de la Revolución Francesa y de la consagración del principio de la separación de los poderes públicos, al sistema judicial le estaba vedado inmiscuirse en las atribuciones legislativas y administrativas. En consecuencia, carecían de jurisdicción para resolver conflictos constitucionales.

Sin embargo, el mundo ha presenciado las discrepancias entre los poderes públicos y la necesidad de resolverlas por medios racionales y pacíficos. Esta confrontación entre la exigencia de instaurar un control jurisdiccional de la Constitución y conservar en su esencia el principio de separación de poderes, fue precisamente lo que motivó, a partir de Kelsen, la creación de tribunales constitucionales, con la atribución jurisdic-

cional específica de velar por la constitucionalidad de las leyes, la que no podría atribuirse al orden judicial tradicional, cuya misión, precisamente, es la de aplicar la ley, sin que le fuere lícito cuestionarla.

Luego este control de constitucionalidad se extenderá a los actos administrativos y según algunos, debiera también alcanzar la posibilidad de invalidar sentencias de los tribunales comunes, por vicios de inconstitucionalidad.

De este enunciado surge la diferencia esencial entre la jurisdicción común y la constitucional. La primera aplica la ley, por naturaleza nacional, y la segunda, la Constitución que recoge además elementos universales.

Esta área apunta directamente y al centro del tema de nuestra convocatoria, ya que en la práctica las Constituciones exigen y consagran garantizar por la vía jurisdiccional, el principio de la supremacía constitucional, postulado ya universalmente aceptado y reconocido por la mayor parte de las cartas políticas del mundo. Su protección, a través de la jurisdicción, constituye un elemento esencial para garantizar su eficacia.

Sin embargo, reitero en esta oportunidad que, como es fácil comprender, no basta con proclamar que las normas contenidas en la Constitución son las de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, para que éstas sean respetadas por los poderes constituidos y obren así como límite de sus atribuciones y eficaz salvaguardia de los derechos del hombre. Siempre subsistirá la posibilidad de que los órganos que ejercen los poderes sobrepasen las disposiciones de la carta fundamental y, extralimitándose en el ejercicio de sus atribuciones, pongan en peligro la institucionalidad misma de la República. La sola declaración de la supremacía constitucional resulta, pues, insuficiente.

Al hablar de este principio debe incluirse, necesariamente, tanto la protección de las disposiciones escritas en la Constitución, como también y, especialmente, los valores fundamentales que están en la base de la misma, todos los que, por la vía de la decisión jurisdiccional, deben cobrar plena vigencia.

A propósito del tema, recuerdo a Cappelletti en cuanto expresa que la Constitución no debe ser concebida como una simple pauta de carácter político, moral o filosófico, sino como una ley verdadera positiva y obligante con carácter supremo y más permanente que la legislación positiva ordinaria.

Es por ello que García de Enterría concluye que hoy las Constituciones son normas jurídicas efectivas, que prevalecen en el proceso político, en la vida social y económica del país y que sustentan la validez a todo el orden jurídico.

También debe destacarse que el control de constitucionalidad implica la configuración de un mecanismo de defensa jurisdiccional de un orden constitucional concreto incorporado en una Constitución, y que se caracteriza por ser asumido por sujetos ajenos al proceso de producción normativa y por recaer, salvo excepciones, sobre normas perfectas y plenamente vigentes. Se plantea formalmente como la garantía de la primacía de la Constitución sobre las demás disposiciones del ordenamiento jurídico positivo.

También la experiencia interna es válida para todos, en cuanto aquellas que articulan la jurisdicción constitucional deben interpretarse de manera que potencien al máximo su defensa y cumplimiento. En este orden de ideas, la jurisdicción constitucional tiene un significado esencial para el perfeccionamiento y la vigencia del Estado constitucional de derecho, la división y equilibrio de las ramas del poder público, la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, la división vertical del poder del Estado y el respeto de los derechos fundamentales.

Debe tenerse en cuenta, además, que esta ampliación de la jurisdicción permite a los tribunales constitucionales desempeñar una función esencial de adaptación de la Constitución y de los textos que la complementan a la realidad nacional, en los casos en que su rigidez provoque problemas en la aplicación de sus normas o una alteración de las garantías en su esencia.

Para cumplir su alta misión, los tribunales constitucionales deben contar con jurisdicción suficiente para resolver los conflictos propiamente contenciosos y para intervenir, a través de la *jurisdicción de certeza*, en el control preventivo de las leyes. Con ello, al ejercer su jurisdicción en uno y otro caso, garantizan el principio de la supremacía constitucional y logran dar eficacia real a los derechos personales.

También es un vaso comunicante el que se refiere a los límites funcionales de esta jurisdicción especializada, ya que aunque el Tribunal Constitucional, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución, determina de modo vinculante el sentido de los preceptos constitucionales, a él también le corresponde delimitar sus propias funciones, acotando su

jurisdicción del ámbito de actuación perteneciente a los tradicionales poderes del Estado.

Como afirmara Tomás y Valiente, dentro del sistema que es la Constitución, “Nadie puede decirle al Tribunal cuáles son sus límites, lo cual no significa que no los tenga, sino que éstos son los que la Constitución dice que son, en unos términos cuyo sentido establece el propio Tribunal como intérprete supremo”.

La suma de estos factores es la que da eficacia al principio del mérito del proceso, que enmarca la competencia del Tribunal Constitucional en el caso concreto.

En esta nueva perspectiva surge el derecho procesal constitucional que incluye en su contenido este principio como valor esencial en su establecimiento y cuya presentación se hará en el apartado siguiente.

## 2. *El derecho procesal constitucional*

### A. *Concepto*

El derecho procesal constitucional es aquella rama del derecho público que establece las normas procesales orgánicas y funcionales necesarias para dar eficacia real a la normativa constitucional, cuando surja un conflicto entre un acto de la autoridad o de un particular y sus disposiciones.

Comprende la organización y atribuciones de los tribunales constitucionales y la forma en que éstos ejercen su jurisdicción al resolver conflictos constitucionales por medio del proceso y con efectos permanentes.

Néstor Pedro Sagüés, uno de los grandes precursores de esta disciplina, en su obra *Derecho procesal constitucional*, nos dice que esta rama del derecho “es principalmente, el derecho de la jurisdicción constitucional, y tiene dos áreas claves: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales”.

Por lo tanto, le corresponde al derecho procesal constitucional la función de aportar al sistema jurídico los elementos orgánicos y funcionales necesarios y apropiados para que un conflicto constitucional pueda ser decidido por medio de una decisión jurisdiccional, lográndose así la plena vigencia de la supremacía constitucional.

La obra de Hans Kelsen *Las garantías de la jurisdicción constitucional*, escrita en 1928, constituye, en opinión de Carlos Mesía, “el inicio de las formulaciones teóricas del derecho procesal constitucional”.

A partir de entonces, ésta disciplina surge con fuerza independizándose decididamente del derecho constitucional cuando en 1955, Mauro Cappelletti publica en Italia su monografía intitulada *Jurisdicción constitucional de la libertad*. Esta obra, en opinión de Héctor Fix-Zamudio, fue aceptada por un sector mayoritario de ambos continentes —Europa y América—, y corresponde en su desarrollo al conjunto de instituciones procesales tutelares de los derechos consagrados constitucionalmente. El trabajo de Cappelletti se complementará, más tarde, con su estudio sobre *El control de constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, publicado en Milán, en 1968.

Al entrar en funcionamiento los tribunales constitucionales en la mayor parte de las naciones jurídicamente organizadas, se produce un veloz progreso en el desarrollo del derecho procesal constitucional, el que en las últimas décadas comienza a enseñarse como disciplina autónoma. En el año 1982, la Universidad de Belgrano inauguró un curso de posgrado sobre el derecho procesal constitucional, experiencia que se repite en la Universidad de Chile y en otras universidades latinoamericanas. Hoy nos convoca a este magister internacional.

Concordante con las ideas expresadas, Luigi Ferrajoli ha calificado su establecimiento como la conquista más importante del derecho contemporáneo para el logro de la protección jurisdiccional de la dignidad de las personas y de los derechos fundamentales frente a la ley, los que no podrían sobrevivir si carecen de una tutela eficaz a través del proceso.

Personalmente, estimo que es correcta la denominación de derecho procesal constitucional, puesto que su contenido se refiere a la competencia jurisdiccional constitucional y al proceso que debe seguirse para decidir sobre las garantías y no a preceptos constitucionales que se encuadran en el marco de la Constitución en forma estática.

El derecho procesal constitucional comprende el desarrollo de las siguientes áreas temáticas:

- a) El conflicto constitucional y sus formas de solución.
- b) El derecho procesal constitucional orgánico, y
- c) El derecho procesal constitucional funcional.

En el ámbito descrito, pertenecen al derecho procesal constitucional trascendentes materias del quehacer jurídico, entre las que cabe destacar:

la supremacía constitucional; la justicia constitucional; los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes, decretos y otros actos públicos; y el amparo efectivo de las garantías que la Constitución asegura a las personas.

En síntesis, esta rama del derecho está destinada a proporcionar al país normas eficaces para la protección jurisdiccional de su Constitución, como más adelante se dirá.

Analizada su definición, cabe destacar, a continuación, que esta disciplina surge con fuerza e independencia cuando se crean en Europa los tribunales constitucionales, a los que se les otorga jurisdicción y competencia exclusiva y excluyente para decidir conflictos aplicando directamente, como se dijo, la Constitución como norma *decisoria litis*.

Kelsen, Calamandrei, Cappeletti, Favoreu, Fix-Zamudio, Couture, Pedro Sagüés, Brewer-Carias, Niceto Alcalá-Zamora, Rodolfo Pisa, este profesor y otros en Chile se encuentran entre los que han proclamado y enseñado el área que hoy se denomina justicia constitucional y que es propia, como toda la justicia, del derecho procesal.

La nueva dimensión de esta disciplina se encuentra estrechamente vinculada a la consagración del sistema del control concentrado de constitucionalidad, toda vez que los países que han elegido el modelo del control difuso, no requieren más normas que las procesales que ya tienen. Siendo así, en este último caso, el derecho procesal interno, con las adecuaciones necesarias, resulta suficiente para obtener el control jurisdiccional de constitucionalidad.

En cambio, en el sistema concentrado se requiere, a lo menos, una normativa que considere la ampliación del ámbito de la jurisdicción para incluir en su esfera de poder la solución de los conflictos constitucionales que, por producirse en su mayoría entre poderes públicos, por aplicación del principio de separación de funciones, anteriormente o no tenían solución o se autotutelaban.

Esta confrontación entre la necesidad de instaurar un control jurisdiccional de la Constitución y conservar el principio de la separación de poderes fue, precisamente, lo que llevó a la creación de tribunales constitucionales en Europa continental, con la atribución jurisdiccional particular y específica de velar por la constitucionalidad de las leyes, la que no podría atribuirse al orden judicial tradicional, cuya misión, precisamente, es la de aplicar la ley, sin que le sea lícito cuestionarla.



Chile, en la Constitución de 1925, amplió limitadamente el radio de la jurisdicción de los tribunales establecidos, al otorgar a la Corte Suprema la facultad de declarar, en casos concretos y con efectos limitados a las partes del proceso, la inaplicabilidad de una ley por vicio de inconstitucionalidad, y a las Cortes de Apelaciones la facultad de conocer la acción de amparo de garantías personales. Por reforma en el año 1970 se creó el primer Tribunal Constitucional que funcionó con facultades insuficientes hasta 1973.

La Constitución vigente de 1980 lo restableció con una nueva composición y atribuciones, destacándose entre su competencia la que le otorga el control preventivo de las leyes orgánicas constitucionales y de las que interpreten algún precepto de la Constitución; la autoridad para invalidar ciertos decretos inconstitucionales; decidir conflictos que se susciten en la convocatoria a plebiscito; declarar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de los partidos políticos, organizaciones o movimientos que atenten contra la Constitución; resolver las inhabilidades de los parlamentarios o ministros de Estado, y, finalmente, participar en el proceso de declaración de inhabilidad del presidente de la República.

No obstante, mantuvo en la competencia de la Corte Suprema la facultad de declarar inaplicable por inconstitucionales a las leyes vigentes, jurisdicción que en virtud de un proyecto de reforma constitucional pendiente de tramitación, se traspasaría próximamente al Tribunal Constitucional.

Para ello se requiere la creación de un sistema de tribunales constitucionales o sus equivalentes y la dictación de las normas orgánicas que regulen su organización, atribuciones y funcionamiento.

### *B. Funciones que cumple el derecho procesal constitucional*

Ellas están contenidas y surgen de los elementos de la definición que pasamos a considerar y que pueden resumirse así:

a) Incorpora al derecho normas destinadas a proporcionar una protección efectiva de la Constitución por medio del proceso jurisdiccional.

En otros términos, cuando se producen conflictos constitucionales y la norma básica queda indefensa, le corresponde al derecho procesal constitucional poner a su disposición las herramientas procesales adecuadas, que le permitan recuperar su vigencia real. Siendo así, la solución del

conflicto constitucional es el primer gran tema que corresponde a esta rama del derecho procesal.

El derecho constitucional analiza la Constitución, sus normas y valores, desde un punto de vista más conceptual. Pero, cuando su preceptiva es violentada y surge un conflicto de intereses de relevancia constitucional que debe ser resuelto, éste escapa del ámbito del derecho constitucional, que carece *per se* de los elementos indispensables y del poder para restablecer la supremacía de la Constitución. Ésta sólo puede obtenerse por medio de una sentencia jurisdiccional. De este modo, cuando el sistema crea tribunales constitucionales con competencia para dar solución al conflicto constitucional, se ingresa, a través del proceso, al ámbito del derecho procesal, que pone a disposición de los afectados por la infracción constitucional un tribunal competente e idóneo y las normas funcionales necesarias para tramitarlo y decidirlo en un debido proceso.

Como sostiene Allan Brewer-Carias, el juez constitucional al proteger la Constitución, siempre tiene un deber adicional al juez ordinario: debe defender la Constitución y, en especial, los valores que en un momento dado estuvieron en la base de su creación con miras a “mantenerla viva”.

b) El derecho procesal constitucional se pone en movimiento cuando surge el conflicto constitucional que se produce, como más adelante se dirá, cuando la autoridad o los particulares infringen la Constitución, lo que impulsa el ejercicio de su jurisdicción, salvo en los casos en que se exija que dicha violación sea denunciada por un sujeto legitimado al Tribunal Constitucional competente.

La forma que contempla el derecho procesal constitucional para resolver dichos conflictos, es el proceso jurisdiccional, en el cual un tribunal con jurisdicción y competencia aplicará la norma constitucional en el caso concreto y la interpretará si corresponde, decidiendo con su mérito. O sea, invoca en la sentencia la Constitución directamente como norma *decisoria litis*.

c) El sistema procesal, destinado a dar protección a la Constitución, puede contemplar uno o más tribunales constitucionales competentes o dárseles a todos los del sistema común.

El ordenamiento en cada país establecerá el tipo de control jurisdiccional de constitucionalidad que estime más adecuado. Si considera mejor el concentrado, deberá entregarle competencia a un Tribunal Constitucional, a una Sala Constitucional de la Corte Suprema o a un sistema de tribunales con competencia compartida.

En cualquier evento ello implica ampliar el radio de la jurisdicción a la solución de los conflictos constitucionales.

d) El conflicto se traspasará, para su decisión, al sistema de tribunales constitucionales a través de una acción, cuyos titulares deben ser precisados y legitimados; se establecerá un procedimiento al cual deberá someterse el proceso, el que terminará con la sentencia decisoria, cuyos efectos siempre serán trascendentes y, en especial, cuando declare la inconstitucionalidad de leyes o decretos.

### *C. Principales materias que comprende el derecho procesal constitucional*

Algunos temas que necesariamente debe recoger el derecho procesal constitucional y que requieren urgente respuesta de los especialistas, se precisan a continuación:

- a) El control de constitucionalidad de los actos públicos y, si éste debe ser concentrado o difuso; *a priori* o *a posteriori*.
- b) En caso de optarse por el control concentrado, si éste debe dársele a un Tribunal Constitucional, a salas constitucionales en la Corte Suprema; o, si se estima mejor, contemplar un control compartido, en que otros tribunales pueden controlar la constitucionalidad de los actos públicos o privados, como es el caso actual en Chile de los Tribunales Electorales y de las Cortes de Apelaciones, cuando conocen estas últimas del amparo y de la protección de garantías constitucionales.
- c) Cuáles deben ser los principios aplicables para lograr una eficiente implementación e interpretación de la Constitución.
- d) Analizar la competencia adicional del Tribunal Constitucional como tribunal de emergencia, para resolver los grandes conflictos políticos, a fin de evitar que se busquen soluciones autotuteladoras.

Los principios informadores orgánicos y la realidad de cada país, deben iluminar al Constituyente para escoger la mejor forma de justicia constitucional.

Precisado lo anterior, paso a referirme a los principales temas que constituyen las funciones básicas que cumple el derecho procesal consti-

tucional. Éstos son la justicia constitucional, que por su importancia será objeto de un apartado especial de este trabajo; la supremacía constitucional y los sistemas para el control de la constitucionalidad de las leyes y otros actos públicos. A estos dos últimos nos referiremos a continuación.

La supremacía constitucional es un principio ya universalmente aceptado y reconocido por la mayor parte de las Constituciones del mundo. Su protección, a través de la jurisdicción, constituye un elemento esencial para garantizar su eficacia.

Por el momento, en esta parte del trabajo me limitaré a resaltar algunos elementos históricos y conceptuales que tienen especial incidencia procesal.

O la Constitución es la ley suprema, inmutable por medios ordinarios, o está en el nivel de las leyes ordinarias, y como otra, puede ser alterada cuando la legislatura se proponga hacerlo. Si la primera parte de la alternativa es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; si la última parte es exacta, entonces las Constituciones escritas son absurdos proyectos por parte del pueblo para limitar un poder ilimitable por su propia naturaleza. Ciertamente, todos los que han sancionado Constituciones escritas, las consideraban como ley fundamental y suprema de la nación y por consiguiente, la teoría de cada uno de los gobiernos debe ser que una ley de la legislatura que impugna a la Constitución es nula.

Con estas sencillas palabras el ilustre juez de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, John Marshall, exponiendo la opinión de la Corte en el caso *Marbury vs. Madison* consagraba definitivamente, a comienzos del siglo XIX, el principio de la supremacía constitucional.

Dicho principio, que reconociendo lejanos antecedentes había sido formulado originariamente por sir Edwards Coke, es la más efectiva garantía de la libertad y dignidad del hombre, puesto que impone a los poderes constitucionales la obligación de ceñirse a los límites que la Constitución —como ley superior— establece, y a respetar los derechos fundamentales que ella reconoce y asegura a todas las personas.

La idea de la supremacía de la Constitución fue desarrollada por primera vez en 1788 por Alexander Hamilton, cuando al referirse al papel de los jueces como intérpretes de la ley afirmó “que una Constitución es de hecho, y así debe ser considerada por los jueces, como una ley fundamental. Si se produce una situación irreconciliable entre la Constitución y la ley,

por supuesto la Constitución debe prevalecer por sobre las leyes. Por consiguiente ningún acto contrario a la Constitución puede ser válido”.

Al indicar claramente las cartas fundamentales, como principio básico que todos los órganos del Estado y los particulares quedan sometidos a la Constitución, se establece la primera gran regla en que se consagra la supremacía aludida, siendo, en consecuencia, obligatoria para todos ellos.

Al respecto, cabe señalar que quedan comprendidos todos los órganos estatales, de gobierno, legislativos o jurisdiccionales, como todos los servicios administrativos encargados de la satisfacción de las necesidades públicas y que se encuentran vinculados orgánicamente al Estado.

El sólo hecho que el ordenamiento constitucional haya establecido esta amplia batería de instituciones para el resguardo de la supremacía constitucional y la protección de los particulares, frente a la extendida capacidad del Ejecutivo para administrar el país, es el claro reconocimiento de que el poder del presidente de la República en esta materia es amplio y requiere tener variadas instancias y contenciones en resguardo de los derechos de los ciudadanos.

En esta parte quiero coincidir con Brewer-Carías cuando señala que la justicia constitucional es fundamentalmente posible, no sólo cuando existe una Constitución, como norma verdaderamente aplicable por los tribunales, sino además, cuando la misma tiene efectiva supremacía sobre el orden jurídico en su conjunto, en el sentido de que prevalece frente a todas las normas, actos y principios de derecho contenidos en un sistema jurídico determinado. Esta supremacía de la Constitución sobre las demás fuentes del derecho y, en particular, sobre los actos del Parlamento, implica que la Constitución es la ley suprema que determina los valores supremos del orden jurídico, y que, desde esa posición de supremacía, puede ser tomada como parámetro para determinar la validez de las demás normas jurídicas del sistema.

Surge así la necesidad de existencia de mecanismos, sistemas o procedimientos destinados a preservar, en el orden de la realidad, esa supremacía constitucional establecida en el orden de las normas.

El control de constitucionalidad implica la configuración de un mecanismo de defensa jurisdiccional de un orden constitucional concreto, articulado en una Constitución y que se caracteriza por ser asumido por sujetos ajenos al proceso de producción normativa y, por recaer, salvo excepciones, sobre normas perfectas y plenamente vigentes, se articula

formalmente como la garantía de la primacía de la Constitución sobre las demás normas del ordenamiento jurídico positivo.

Esta labor de integración del Tribunal Constitucional que no es otra que la síntesis dialéctica entre pluralidad y unidad, la desarrolla al afirmar la supremacía de la Constitución. En este aspecto es ella, como expresión del pueblo —comunidad compuesta de las más diversas tendencias— la que desarrolla una decisiva función integradora, que se expresa en la consagración de valores que orientan y dan contenido al proceso integrador.

Por ello que el Tribunal Constitucional como órgano encargado de salvaguardar la supremacía de la Constitución, está protegiendo los principios que significan tal integración.

Teniendo presente que el peligro más grande que puede concebirse para la integridad del orden constitucional es la eventual vigencia de leyes inconstitucionales, dado que éstas, por el carácter general que normalmente tienen, entrañan la posibilidad permanente de continuas violaciones de la ley fundamental cada vez que sean aplicadas, por tanto debe buscarse un camino para que ellas sean eliminadas.

Su aplicación evita la alternativa, siempre atrayente para algunos, de usar la autotutela para resolver un conflicto constitucional. La historia está llena de ejemplos de conflictos entre poderes públicos que se han resuelto por la fuerza, llámese ésta revolución o golpe de Estado.

Los habitantes de la nación lograrán, como consecuencia de lo anterior, el pleno respeto de sus derechos constitucionales sólo cuando cuenten con el proceso como forma de hacer efectiva la supremacía constitucional.

El éxito de la supremacía constitucional tiene pleno sustento en las modernas concepciones planteadas por destacados juristas como Hans Kelsen, Mauro Cappelletti, Piero Calamandrei, Eduardo Couture y Pedro Sagüés, que al dar un nuevo enfoque a la eficacia jurisdiccional de las garantías constitucionales a través del proceso, la han configurado con autonomía.

La Constitución se plantea así, definitivamente, como una norma *decisoria litis*, de aplicación directa para el juez en la solución de todo conflicto constitucional.

En mi país, Chile, desde la década de los sesenta se enseñan las bases constitucionales del derecho procesal y las acciones y recursos constitu-

cionales destinados a protegerlas. Entre éstas destacan el amparo personal y la protección de las garantías básicas.

Puede decirse, como ya lo mencionamos al principio de este trabajo, que hoy presenciamos una nueva legitimidad, la legitimidad constitucional.

Concluyo esta parte afirmando que hoy la supremacía constitucional, además de cumplir su rol básico, es un derecho de los habitantes de la nación, tanto para lograr que se respete el sistema institucional, como para obtener la tutela jurisdiccional de sus garantías constitucionales.

Esta exposición comprende solamente un análisis básico de la supremacía constitucional, tema extensamente analizado por los estudiosos, para el solo efecto de justificar su inclusión en las áreas temáticas que integran el derecho procesal constitucional.

A continuación, por la importancia que reviste, me referiré a los sistemas para el control de constitucionalidad de las leyes, las que, como es sabido, caen dentro de la esfera de competencia de los tribunales constitucionales.

Para lograr la eficacia del principio de la supremacía constitucional, existen dos grandes sistemas de control de constitucionalidad de los actos del Estado y, entre ellos, muy principalmente de los emanados del Poder Legislativo. El primero es el control difuso, que permite a todos los tribunales de un país declarar inconstitucional una ley invocada en un proceso sometido a su conocimiento y, por lo tanto, inaplicarla cuando su contenido es contrario a la Constitución. Es el caso de Estados Unidos, que a partir del famoso proceso que vuelvo a recordar, *Marbury vs. Madison*, decidido por la Corte en 1803, sentó jurisprudencia en el sentido de que todo tribunal norteamericano debía aplicar la Constitución si era contraria a una ley. Con variantes siguieron este ejemplo Argentina, Brasil, Colombia, México, Australia, Canadá, Japón, Suecia, Noruega y Dinamarca.

El segundo, es el sistema concentrado de justicia constitucional, donde el control de constitucionalidad de las leyes y de otros actos del Estado, producido en ejecución directa de la Constitución, le corresponde privativamente a un solo tribunal. Generalmente éste es un Tribunal Constitucional o una Sala Constitucional de la Corte Suprema. Su fundamento radica en la conveniencia de que sea un solo juez el que tenga facultad para interpretar la Constitución y determinar cuándo las leyes u otros actos de

autoridad son contrarios a sus disposiciones. Con ello se logra uniformar criterios en este sentido y dar eficacia real al principio de igualdad ante la ley y, como consecuencia, al de su igual protección en el ejercicio de sus derechos.

Este tema ha sido extensamente desarrollado por la doctrina, por lo cual, al igual que el anterior, me limito a mencionarlo por formar parte de las funciones que le corresponde a la rama del derecho que estamos analizando.

### 3. *La justicia constitucional*

#### *A. Uso de la palabra justicia para referirse a la actividad que realizan los tribunales constitucionales*

La justicia es un concepto valórico, subjetivo, estudiado y anhelado desde que el hombre convive con sus semejantes, pero pocas veces conseguido. No es éste el momento de entrar a su análisis filosófico —que desde Platón y Aristóteles se ha venido realizando— sino que veo ésta como una buena oportunidad para plantear una posición procesal en torno a la naturaleza jurídica de la función que realizan los tribunales constitucionales al decidir conflictos en materias de su competencia.

Desde el punto de vista científico, y el derecho —por cierto— tiene tal condición, no resulta fácil y diría que casi imposible, definirla incorporándola a una norma, para que a partir de ésta los jueces la apliquen como elemento fundante de su decisión. Muy por el contrario, la justicia es más bien un ideal que debe estar presente e iluminar el arduo camino que recorre el juez en cada proceso jurisdiccional.

En efecto, la expresión “justicia”, como ya lo insinuamos, implica un juicio de valor, filosófico, subjetivo y mutable de acuerdo a los tiempos y lugares y, como tal, no puede reflejar la esencia de lo que es la jurisdicción, concepto de la ciencia jurídica y, por ende, de validez universal en el derecho procesal constitucional y cuyo ejercicio provoca el efecto de materializar en una decisión humana, la petición de justicia.

Demuestra lo aseverado la existencia de diversas posiciones sobre lo que es justo en cada proceso. Para el juez, su sentencia es la expresión de la justa decisión de la *litis*, criterio que pueden compartir o no los jueces de alzada. Como se sabe, en un ordenamiento procesal pueden llegar a



dictarse tres o más sentencias diferentes para resolver un mismo conflicto y, naturalmente, cada sentenciador estimará que hizo justicia.

Esta situación es más grave en la justicia constitucional donde existe sólo una decisión que produce efecto *erga omnes*, en materias siempre trascendentes.

Enfocado ahora el concepto de justicia desde el punto de vista de las partes, la que obtiene estimará que la sentencia hizo justicia; el que pierde la verá como injusta. Cualquier persona puede tener opinión frente a la decisión judicial, considerándola justa o injusta. En suma, el término justicia no es correspondiente con el de verdad jurídica que, emanada de la cosa juzgada, las partes deben acatar y cumplir y los terceros aceptar. En cambio, ni la sentencia ni la cosa juzgada que de ella resulta, pueden alterar el juicio valorativo que cada cual tenga con respecto a la justicia de la decisión contenida en la sentencia.

Por las consideraciones expuestas, debe concluirse que la solución de cualquier conflicto, se estimará justa o injusta dependiendo del interés de quien la pondere. Lo justo para uno puede ser injusto para otro. Lo que fue justo ayer puede no serlo hoy. Lo justo de hoy puede dejar de serlo mañana.

Sin embargo, lo que es invariable y universalmente válido es que, agotados los medios de impugnación, la sentencia queda ejecutoriada, imponiéndose como consecuencia “la justicia del juzgador” en la decisión del conflicto *sublite*.

En el análisis de la alta función que cumplen los tribunales, se trata de buscar elementos constitutivos del concepto de jurisdicción, válidos para todos los tiempos y lugares, y que sirvan para explicarla en la constante histórica, en el presente y en el futuro. En este orden de ideas puede afirmarse que, en ejercicio de la función jurisdiccional, lo que los tribunales han hecho, hacen y harán es resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica en el ámbito constitucional, nacional e internacional.

En los más de cuarenta años de ejercicio de mi cátedra de derecho procesal en la Universidad de Chile y en los más de veinte dedicados a “la justicia”, me he formado la íntima convicción de que los jueces, seres humanos escogidos para ejercer la jurisdicción, lo que hacemos es decidir conflictos de intereses regulados por una normativa y sólo aspiramos a que nuestras decisiones se aproximen lo más posible al concepto ideal de justicia que todo juez lleva y cultiva en su interior.

Como expresión técnica se seguirá empleando el vocablo “justicia” para referirse al ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales con competencia constitucional, con la prevención de lo antes expuesto.

Mi viejo amigo el juez Rafael de Mendizábal, se refería a ella, en una conferencia en Sucre, sobre la “naturaleza de la justicia constitucional”, al exponer su proceso histórico, recordando que ésta nace “en 1803”, y que consiste en la revisión judicial de las leyes y de los actos de gobierno, como una manifestación más de la función jurisdiccional, al hilo siempre del caso concreto, “vivito y coleando”, sin abstracción alguna, en manos de todos los jueces, aunque la última palabra fuera dicha por el supremo. No hay esquizofrenia funcional, ni dos jurisdicciones, la constitucional y la ordinaria, ni dos dimensiones normativas simétricas, ni dos justicias, la constitucional y la material. No hay posibilidad, pues, de tensiones o conflictos. La “ley suprema” y las demás están unidas indisolublemente en un conjunto que se explica recíprocamente. Esta hazaña fue posible por un cúmulo de factores convergentes, entre los que se cuenta la concepción del *common law* con un alcance trascendente y el contexto en el cual se elabora la Constitución, donde se suscitó la posibilidad, aunque no faltaran las voces discrepantes.

Desde una perspectiva teórica, ya en 1761 había dicho James Otis que todo acto contrario a la Constitución es nulo y Hamilton, en 1788, desde el concepto de “Constitución limitada” explica que las limitaciones constitucionales

...no pueden ser preservadas en la práctica sino por medio de los tribunales de justicia cuya función ha de consistir en declarar nulos todos los actos contrarios al tenor manifiesto de la Constitución, sin lo cual todo derecho quedaría en nada. Alguna perplejidad puede producir la función de los tribunales para un tal pronunciamiento —anulación de los actos legislativos— por contradecir la Constitución, que parece implicar la superioridad del judicial sobre el Poder Legislativo. No es así. Ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido porque significaría que la representación del pueblo es superior al mismo pueblo. Los tribunales se han diseñado como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura para mantener a ésta dentro de los límites que le están asignados. La interpretación de las leyes es el propio y peculiar ámbito de los tribunales. Una Constitución es en realidad y debe ser contemplada por los jueces como una ley fundamental.

En este preámbulo deseo recordar lo expresado por Silvia Snowiss, la que, al referirse al análisis histórico sobre los orígenes de la justicia constitucional de Norteamérica, indicó que ésta ha surgido como un sustituto a la revolución. En efecto, si los ciudadanos tienen derecho a la supremacía constitucional, como pueblo soberano, cualquier violación de la Constitución podría dar lugar a la revocatoria del mandato de los representantes o a su sustitución por otros, en aplicación del derecho de resistencia o revuelta que defendía John Locke. En caso de opresión de los derechos o de abuso o usurpación, la revolución era la solución o la vía de solución de conflictos por el pueblo. Como sustituto de la misma, sin embargo, surgió el poder atribuido a los jueces para dirimir los conflictos constitucionales entre los poderes constituidos o entre éstos y el pueblo. Ésta es, precisamente, la tarea del juez constitucional, quedando configurada la justicia constitucional como la principal garantía del derecho ciudadano a la supremacía constitucional.

### *B. Algunas consideraciones en torno a la justicia constitucional*

La carta ordena los atributos de la autoridad, garantiza los derechos básicos de los habitantes del país y crea un sistema de autoprotección de sus normas, que es la justicia constitucional.

Aunque desde una perspectiva amplia toda justicia es constitucional, como se desprende en Chile de los artículos 73, 74 y 19, núm. 3, de la Constitución Política, que son comunes a otros textos constitucionales, la doctrina reserva esta denominación para identificar a la actividad jurisdiccional destinada a resolver conflictos por medio de un proceso en que la Constitución es aplicada directamente por el sentenciador como norma *de-cisoria litis*.

En este contexto conceptual, la justicia constitucional se perfila como aquélla destinada a dar eficacia al principio de la supremacía constitucional y al cumplimiento efectivo de su preceptiva, incluidas principalmente en ella la norma que se refiere a la protección de las garantías personales.

Cappelletti la define como la actuación, por vía jurisdiccional, de la norma constitucional, y agrega, que aunque tiene una vinculación con la política no la priva de la esencia de la jurisdicción, opinión que descarta la teoría de Schmith que considera a los tribunales constitucionales como legisladores negativos.

En el sistema europeo continental, que recogen nuestros países, la concepción del Estado de derecho está indisolublemente unida al establecimiento de la Constitución como norma fundamental y suprema, cuyo contenido debe prevalecer por sobre toda otra actividad jurídica de los órganos que regula —entre ellas—, según muchos, las propias decisiones jurisdiccionales.

Es el sometimiento de todo el sistema normativo estatal al control de constitucionalidad. Ello implica que todos los preceptos o normas que emanan de los órganos del Estado están sometidos al referido control constitucionalidad.

A partir de Coke en Inglaterra; de la aplicación del control difuso de constitucionalidad en los Estados Unidos, y del control concentrado, que se inicia con Kelsen en Europa y que de allí llega a Latinoamérica, las Constituciones han incluido entre sus disposiciones al control preventivo o represivo como un mecanismo eficiente para lograr la eficacia plena del principio de la supremacía constitucional a través del debido proceso.

La Constitución, como señalan los grandes estudiosos del derecho procesal constitucional ya mencionados en este trabajo, protegida por la jurisdicción, pasa a ser una norma viva, eficaz y no sólo en su letra, sino en su espíritu, que se refleja en los valores y principios que, escritos o no, surgen de su preceptiva.

Además, su interpretación, apegada a reglas propias de hermenéutica y su adaptación a nuevas situaciones, es una trascendente labor que le está confiada a los jueces constitucionales.

De la misma forma, otorga al Tribunal Constitucional competencia para resguardar el principio de supremacía constitucional y el control constitucional superior de los actos de la administración.

En consecuencia, a la justicia constitucional le corresponde intervenir en la decisión de los conflictos de intereses de relevancia jurídica reguladas o amparadas por la Constitución Política, para así lograr la eficacia real de su preceptiva.

También es misión de la justicia constitucional la labor de adaptación de las declaraciones de los derechos fundamentales a la realidad siempre cambiante del país, correspondiéndole la facultad de fijar, a través de sus sentencias, el alcance de sus disposiciones. Ello resulta más trascendente cuando la carta fundamental contiene disposiciones redactadas de manera sintética o vagas o expresadas en conceptos indeterminados como lo

son los de libertad, orden público, democracia, justicia, dignidad, igualdad, función social o interés público.

Como lo sostiene la doctrina y lo confirma la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, la Constitución no sólo comprende aquello que está expresado formalmente en sus disposiciones, sino la interactividad de los valores que la inspiran y que constituyen las llamadas bases de la institucionalidad.

Es por estas razones que la Constitución, entre sus normas, debe necesariamente contener aquellas que permitan la solución de los conflictos generados por su infracción, como única forma de restablecer por medio de la sentencia, su eficacia real. Es aquí donde emerge y se exalta la figura de su máximo y legítimo guardián: el juez constitucional.

Ahora bien, partiendo del supuesto que la Constitución es la norma máxima que regula la convivencia social, cabe recordar nuevamente a Favoreu en cuanto expresa en torno a este tema que:

La consolidación de la justicia constitucional ha exacerbado la fuerza normativa de la Constitución. Su exigibilidad jurídica ante jueces y tribunales constituye uno de los presupuestos básicos del Estado democrático. Asimismo, la llamada jurisdicción de la vida política y del conflicto social latente, encuentra en los tribunales constitucionales un instrumento esencial, aunque no exclusivo, de garantía del respeto a la Constitución de los poderes públicos y también de los particulares.

Cabe también destacar en este orden de ideas que el Estado en uso de su potestad soberana, está por sobre todo conflicto común. En efecto, al legislar los previene; al administrar impide que se generen y al hacer justicia los resuelve. No obstante, del ejercicio de sus potestades públicas reguladas en lo esencial por la Constitución Política, pueden surgir a su vez trascendentes conflictos de intereses entre los poderes públicos o entre la autoridad y los particulares, los que tendrán o no solución jurisdiccional a través del proceso, de acuerdo al marco de referencia que la propia Constitución les señale y ello dependerá, fundamentalmente, de si se consagra o no la existencia de tribunales constitucionales para decidirlos por la vía del proceso preventivo o represivo.

El sabio jurista Kelsen fue el primero en postular la necesidad de establecerlos con jurisdicción suficiente para resolver los conflictos que en el orden constitucional se produjesen, facultad que en virtud del principio

de separación de poderes públicos, le está vedada a los tribunales normales en el sistema europeo continental. Con ello, afirma, “se garantiza jurisdiccionalmente” la eficacia de la norma suprema.

Cappelletti ha escrito que el fin de la Constitución radica más en la realización de valores que en la ordenación de procedimientos; que esa finalidad yace más en la descripción de grandes programas que en la distribución de poderes. Añade que las Constituciones formulan esos objetivos supremos en términos de principios generales, de valores apenas enunciados y de conceptos no rara vez imprecisos. Pero, concluye ese maestro, las aludidas son ambigüedades gloriosas, cuya sustancia jurídica, en apariencia imperceptible, queda de manifiesto por la sabiduría de un recto Tribunal Constitucional. De esta manera, tales cortes dotan de sustancia normativa precisa a esas reglas enigmáticas, impidiendo que sean letra muerta; ellas logran, en definitiva, que los valores presentes en los preceptos jurídicos hagan que las Constituciones vivan porque son vividas. Es lo que Baldassarre denomina el significado de la *Constitución de valores*.

De lo expresado se desprende que en el ámbito del derecho procesal, a la justicia constitucional le corresponde intervenir en la decisión de los conflictos de intereses de relevancia jurídica reguladas o amparadas por la Constitución Política para así lograr la eficacia real de su preceptiva.

### *C. Constitución, justicia constitucional y derecho procesal constitucional*

El juez norteamericano Joseph Caldwell señala que se puede decir que una Constitución es el esfuerzo de un pueblo para dejar escrito su espíritu sustantivo. También se puede decir que la jurisprudencia constitucional es, en gran parte, la búsqueda, dentro de los límites de las palabras escritas en ella, de un equilibrio entre todas estas fuerzas contrarias que se necesita en cualquier momento para que un pueblo siga gobernándose.

La Constitución que es constituida a través de la libre autodeterminación del pueblo, que contempla los límites y controla los diversos poderes del Estado y consagra el respeto y potencia los derechos fundamentales, todos principios constitucionales de la democracia moderna, es una Constitución que responde al sistema democrático.

También la Constitución, para que se transforme en norma vinculante, debe contener los mecanismos idóneos y eficaces que la protejan. Esta misión es la encomendada al derecho procesal constitucional.

Como sentenció el juez Marshall, es “la ley suprema y soberana de la Nación” y un acto incompatible con su normativa es nulo, decisión sobre la cual los expertos concluyen que Europa ha vuelto a descubrir la Constitución como una ley suprema, que coloca algunos valores fundamentales de la sociedad fuera del alcance de mayorías parlamentarias ocasionales. De allí que haya sido rejuridificada en el sentido de que se le considera ahora como una ley fundamental directamente ejecutable por los jueces y aplicables a los individuos. Es aquí donde emerge la concepción de la vinculación directa entre la Constitución y sus mecanismos jurisdiccionales de protección.

Para que exista justicia constitucional se requiere una Constitución y una jurisdicción constitucional que le permita controlar, por la vía del proceso, la vigencia real de su preceptiva. Es por ello que podemos afirmar con Zarcó Luksic que el tema de la justicia constitucional está íntimamente ligado al valor de la norma constitucional. Por otra parte el valor de la Constitución al interior de la comunidad humana está hoy sólidamente encadenada al sistema democrático.

Es del caso referirse aquí a la vinculación que existe entre la Constitución y sus mecanismos jurisdiccionales de protección, que se incluyen en el derecho procesal

En la actualidad, de acuerdo a la moderna doctrina constitucional, en el concepto de Constitución deben concurrir una multiplicidad de elementos: un elemento formal, un documento legal y especial escrito; material, orientado hacia un objeto, y normativo donde se establecen normas jurídicas que son inmediatamente consecuencia del Poder Constituyente.

El *status* y significado de la Constitución en un Estado moderno que se sujeta a principios democráticos y de Estado de derecho, obliga a construir en su interior los mecanismos destinados a proteger y salvaguardar las normas que se contienen en ellas.

Uno de los instrumentos jurídicos por excelencia destinado a la tarea de protección de la normativa constitucional, es la que se ejerce a través de la justicia constitucional, que tiene por misión principal velar por el respeto del principio de la “supremacía constitucional”. Sin embargo, su cometido esencial no se reduce sólo a resolver la inconstitucionalidad de

las normas que son contrarias a la carta fundamental, sino que, además, tendrá la fundamental labor de interpretar dicha norma constitucional. Por último, en algunos casos, la justicia constitucional tendrá la tarea de conocer y resolver aquellas cuestiones donde el ciudadano ve violados sus derechos fundamentales o existen conflictos entre poderes.

En este contexto, al derecho procesal constitucional le corresponde el estudio de las siguientes materias esenciales:

- a) Velar por la aplicación del principio de la supremacía constitucional y de la eficacia de las garantías personales.
- b) Solucionar los conflictos constitucionales.
- c) Realizar la función integradora de la justicia constitucional.
- d) La defensa de la Constitución a través de su labor de intérprete de la Constitución.
- e) Colocar a disposición del Estado los elementos técnicos adecuados para que opere la carta fundamental.

También es útil agregar que los ordenamientos jurídicos constitucionales de las naciones que se inspiran en el Estado democrático de derecho, le otorgan al Tribunal Constitucional un rol de guardián de la Constitución. Tal denominación se deriva de la función de protección de los enunciados constitucionales ante el desborde que puede provenir de los demás órganos del Estado, sea este Ejecutivo, Legislativo o Judicial, o de otra potestad que tenga consagración constitucional o jerárquicamente se encuentre subordinada a la Constitución. Sin embargo, hay que señalar que la defensa de la Constitución es una tarea que compete a todos los órganos y autoridades del Estado.

Hay que destacar que el papel que le ha tocado cumplir a la justicia constitucional desde sus comienzos ha sido de gran significación en la consolidación del Estado constitucional de derecho que se han dado las naciones democráticas.

Hoy, para los jueces, ya sea que tengan un control concentrado o difuso, la Constitución es, indiscutiblemente, una norma *decisoria litis*.

A lo largo de todo el proceso de configuración de los distintos sistemas de justicia constitucional, y muy específicamente los relativos a la creación de tribunales constitucionales como órganos encargados de asumir el control de la actividad normativa del legislativo, se aprecia un hilo conductor que es la aparición de estos órganos en países que están en pro-



ceso de creación de un orden constitucional nuevo que se percibe amenazado por resistencia en contra y que necesita afianzarse.

Los tribunales constitucionales se establecen en estas situaciones, como fórmulas de defensa de ese orden recién nacido que es necesario preservar y garantizar. De hecho, la evidente expansión de los tribunales constitucionales no puede ocultar la circunstancia de que estos órganos no se han articulado nunca en Estados que no han visto seriamente amenazado su orden constitucional y, sin embargo, sí se han percibido como una necesidad imperiosa en aquellas situaciones en las que ha habido que construir el Estado democrático en un contexto conflictivo.

#### 4. *El conflicto constitucional y sus formas de solución*

##### A. *Antecedentes*

El conflicto constitucional se produce cuando una persona o un órgano público, con su acción u omisión, genera como resultado la infracción valórica, formal o sustancial, de preceptos o principios contenidos en la Constitución política.

Siendo así, la existencia del conflicto constitucional implica el quebrantamiento de la Constitución y su presencia en el mundo jurídico exige accionar los mecanismos previstos por el sistema para restablecer su plena eficacia.

Por lo tanto, resulta indudable que es la sentencia dictada en un proceso jurisdiccional el medio más eficaz con que cuenta el mundo civilizado para resolverlos y restablecer, como efecto derivado, la vigencia plena de la Constitución política.

Mirjan R. Damaska, en su obra *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, muestra los vínculos que existen entre los sistema de administración de justicia y la institución política por excelencia que es el Estado. En palabras del propio Damaska, “lejos de ser la rama del Estado menos peligrosa, la judicial es —quizás con alguna exageración— la única rama del Estado”.

Cabe también destacar en este orden de ideas, que Zagrebelsky entiende que la justicia constitucional se encuentra institucionalizada para decidir aquellos casos controvertidos que surgen de su aplicación. En otros términos, para decidir los conflictos constitucionales. Agrega que el de-

recho procesal constitucional es la suma de los elementos procesales y constitucionales. No existe un *pruis* ni un *posterius*, sino una reciproca implicación.

Rubén Hernández Valle en su obra *Derecho procesal constitucional*, señala que ésta estudia los instrumentos de la jurisdicción constitucional, es decir, la magistratura y los procesos constitucionales destinados a solucionar los conflictos constitucionales.

Reitero que fue Kelsen el primero que postuló su solución a través de tribunales establecidos fuera del sistema común. Con ello, afirma, “se garantiza jurisdiccionalmente la eficacia de la norma suprema”.

Es por este motivo que en el mundo contemporáneo los conflictos constitucionales, primordialmente los que se generan cuando las partes involucradas son los poderes públicos, deben ser conocidos por un tribunal con competencia especial y exclusiva para resolverlos y los países civilizados tienen la tarea de establecerlos. No importa su nombre, lo que importa es que sea independiente, esté dotado con jurisdicción suficiente para imponer sus decisiones a los poderes públicos en conflictos y cumpla su misión de garantizar la eficacia de la Constitución.

En torno a esta premisa Cappelletti concluye que con el control jurisdiccional de los actos que atenten contra la constitucionalidad se ha consagrado un sistema “de pesos y contrapesos imprescindibles para vencer las tentaciones de un autoritarismo del Ejecutivo cuanto de la ineficacia verbalista de los regímenes asamblearios o partitocráticos”.

Por su parte, el profesor Eduardo Aldunate señala sobre este tema que:

...si hoy se concibe la jurisdicción como facultad a ser ejercida para el cumplimiento de la función jurisdiccional, y por ello tiene por objeto agotar el componente jurídico de los conflictos, cabe preguntarse cuál es el específico conflicto que habrá de manejar la jurisdicción constitucional. Básicamente podría responderse que éste se refiere a las pretensiones encontradas de los sujetos políticos sobre la aplicación de la carta fundamental. No hay un conflicto de fondo cuya aplicación pase por la aplicación de las normas, sino que, dentro de un sistema constitucional, el conflicto mismo (político, en su caso) se subsume en la pretensión de aplicación de la norma constitucional, en el específico sentido sustentado por quien reclama. Pareciera ser que la especialidad de la función jurídico-constitucional y de su concreción como facultad (la respectiva jurisdicción) va a radicarse en otras características, a saber: la norma a operar, la finalidad de la operación y el producto de la misma.

Volviendo al centro del tema de esta exposición, puede decirse que todo conflicto tiene su origen en la acción u omisión de un sujeto que produce como resultado una infracción al ordenamiento jurídico y, cuando la norma violada es un precepto constitucional, surge el conflicto constitucional, más relevante por su peligrosidad y conflagración, ya que siempre pone en peligro o la estabilidad institucional o la protección de las garantías de las personas.

Como conclusión puede decirse que el país que quiere una Constitución que se respete debe contar con una justicia constitucional que la ampare cuando es quebrantada.

### *B. Precisiones en torno al conflicto y sus formas de solución*

Sobre el conflicto constitucional que estoy presentando y tratando de explicar pueden efectuarse algunas precisiones, a saber:

a) Su existencia es un hecho demostrado históricamente; los hay en el presente y se producirán en el futuro.

b) El empleo de la violencia en su solución hace difícil, por no decir imposible, la convivencia normal y racional entre las personas y los propios Estados. La guerra, ejemplo típico de solución violenta, ha hecho desaparecer países completos.

El uso de la autotutela en la solución de conflictos es la negación misma del Estado de derecho y tiene consecuencias catastróficas cuando deciden conflictos constitucionales.

c) Los Estados y las personas que pueden verse involucrados en estos conflictos deberán tratar de prevenirlos, y producidos, lograr su posterior solución por dos órdenes de razones, a saber: por motivos morales o de formación ética o jurídica o por el temor a la fuerza del adversario.

En consecuencia, los Estados para lograr su propia subsistencia, tienen necesidad de buscar medios que prevengan los conflictos y, producidos, solucionarlos a través de un proceso racional y debido que reemplace la violencia.

d) Históricamente, la autotutela de los intereses sólo ha servido para multiplicar los conflictos en vez de solucionarlos con efectos permanentes.

e) Son muchas las personas en nuestro mundo interesadas en buscar un camino pacífico de convivencia. Ello ha generado un interés colectivo

en regular la vida en sociedad, lo que viene a constituir la causa directa de la normativa jurídica a través de la Constitución política y sus mecanismos de eficacia.

f) La Constitución, al privar a las personas del uso de la acción directa autotuteladora, deberá asegurarles la eficacia de la acción procesal, para obtener a través de su impulso la apertura de un proceso en el cual se resuelva su conflicto.

### *C. Características del conflicto constitucional*

a) El conflicto constitucional es un conflicto nacional que hoy tiene una solución pacífica, que es resuelto por un tercero, el juez, y que puede surgir, como se dijo, entre particulares y el Estado, o entre poderes públicos del propio Estado.

b) El conflicto constitucional presupone la existencia de un ordenamiento jurídico contemplado en lo esencial por la Constitución política, sin el cual no puede existir un conflicto susceptible de ser resuelto jurisdiccionalmente.

Con ello, al ejercer su jurisdicción en uno y otro caso, se garantiza la eficacia del principio de la supremacía constitucional.

c) Pueden ser objeto de este conflicto toda violación constitucional susceptible de protección jurisdiccional. Ello incluye al propio Estado, a las personas de derecho público que lo representan, a las personas en general y a las cosas. En este caso, su objeto es el determinar si un acto de la autoridad, llámese ley, decreto o sentencia, se ajusta a la Constitución. A este respecto resulta trascendente la facultad que la jurisdicción le otorga a los tribunales constitucionales para aplicar e interpretar la Constitución, según cual sea la competencia que use.

Entre ellos destacan el conflicto entre la Constitución y la ley que se produce cuando el Parlamento al aprobarla, infringe en su forma o en su fondo la Constitución y dependerá de cada sistema constitucional la competencia que se entrega al tribunal para decidirlo. Recordando nuevamente a Kelsen, puede decirse “la legislación está absolutamente subordinada a la Constitución, como la justicia y la administración lo están a la legislación”.

En Chile, siguiendo el modelo francés, la propia Constitución previniendo los conflictos que pudiesen presentarse cuando el contenido de una ley orgánica sobrepase el mandato constitucional, ha otorgado com-

petencia preventiva al Tribunal Constitucional para controlar su constitucionalidad, pudiendo declararla total o parcialmente inconstitucional, haciéndole perder su eficacia, en la medida que su sentencia declare que contempla preceptos contrarios a nuestra Constitución política.

d) Los tribunales constitucionales deben contar con jurisdicción suficiente para resolver los conflictos propiamente contenciosos e intervenir, a través de la denominada jurisdicción de certeza, en el control preventivo de las leyes.

Puede concluirse que los tribunales pueden resolverlos sólo cuando la propia Constitución les otorgue competencia.

e) En general, podemos afirmar que la jurisdicción de los tribunales comunes de países que adoptan el sistema concentrado de control jurisdiccional, no alcanza a la posibilidad de solucionar el conflicto constitucional, salvo en aquellos casos en que la propia Constitución lo estipule, como ocurre en mi país, con el reclamo de nacionalidad y con las acciones de amparo —*habeas corpus*— protección de garantías constitucionales e inaplicabilidad de la ley vigente por inconstitucionalidad.

f) El conflicto constitucional puede llegar a conocimiento de los tribunales constitucionales por acción de parte legitimada o por control obligatorio de constitucionalidad, como ocurre con las leyes orgánicas constitucionales, en Francia y Chile.

## II. UN EJEMPLO DE COMO LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA SE ADAPTA A LOS NUEVOS DESAFÍOS DEL SIGLO XXI.

### EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 93, núm. 6 de la Constitución Política de la República.

El desarrollo del tema se hará en cuatro partes que corresponderán a los siguientes aspectos:

*Primera parte.* Marco histórico y doctrinario en que opera.

*Segunda parte.* La acción de inaplicabilidad en la Constitución política.

*Tercera parte.* Su regulación en el sistema chileno a partir de la reforma de 2005.

*Cuarta parte.* Algunas consideraciones y reflexiones finales.

## 1. *Marco histórico y doctrinario de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*

### A. *Breve reseña histórica*

La Constitución es una creación del hombre que le permite contar en el orden interno con una norma básica y prevalente que cumple los objetivos que todos conocemos. Fija las reglas de la actividad de los gobernantes, consagra garantías personales y crea mecanismos de solución de conflictos por medio del proceso

Toma fuerza a partir del siglo XX y se proyecta con mayor eficacia coercitiva en el siglo XXI.

Por su radio de acción, la Constitución rige en cada país, y por lo tanto, no regula ni resuelve las relaciones y conflictos internacionales.

En los tiempos primitivos el conflicto surgía cuando se enfrentaban dos o más personas con interés discrepantes sobre bienes o valores elementales como lo era la piel de un animal, el alimento o un territorio donde habitar.

Hoy los conflictos tanto nacionales como internacionales son múltiples, sofisticados, complejos y de difícil solución.

Cuando se estudia la teoría general del proceso, estructurada magistralmente en Italia por Piero Calamandrei, éste nos recuerda que el proceso es anterior a la norma, que ésta surge de él y que la divinidad y los ritos tuvieron trascendencia en su creación. Hoy la justicia constitucional liderada por juristas como Cappelletti, Kelsen, Favoreau, y Niceto Alcalá, en Europa, y Couture, Fix-Zamudio, Néstor P. Sagüés, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Allan Brewer-Carías, en América, reflejan la culminación de esta evolución normativa.

Es bueno hacer historia, puesto que en la solución de los conflictos internacionales aún estamos viviendo el periodo primitivo de la autotutela.

Las ordalías de todos conocidas, basadas en el dios sentenciador, nos recuerdan que la justicia pasó por muchas etapas en que distintos personajes de la humanidad eran sus jueces. Emperadores, reyes, sacerdotes, guerreros, eran quienes decidían los conflictos.

Pero también el maestro de Florencia relata un caso curioso que un viajero etnólogo dice haber visto utilizar por una tribu salvaje, habitantes de las riveras de un lago africano; cuando surgía un litigio los dos contendientes eran atados a dos maderos plantados en las proximidades del lago, a igual distancia de la orilla del agua y allí eran abandonados en es-

pera de la sentencia. A poco se veía surgir de las ondas al juez, un caimán viejísimo educado en este oficio, el cual, después de haber considerado la situación, se arrastraba lentamente hacia uno de los postes. El litigante al que le tocaba ser devorado perdía la causa con la correspondiente condena en costas.

Desde la etapa de la justicia del jefe de la tribu, de los cadíes y del famoso juez Bridoye de Rabelais, han pasado muchos años y muchas cosas.

Hoy Constitución y proceso son una realidad en el mundo civilizado y en esa dualidad entra de lleno el análisis de la materia que nos convoca, la acción de inaplicabilidad de la ley por vicios de inconstitucionalidad.

El control de constitucionalidad presupone la existencia de una Constitución política, pero curiosamente, la protección jurisdiccional del Estado y los derechos básicos de las personas surgió en Inglaterra, que cuenta con un sistema de derecho consuetudinario.

No obstante, una de sus principales colonias, América del Norte, cortó con sus ancestros y dictó su famosa Constitución de 1787, que posteriormente aplicaría magistralmente el juez Marshall, a quien se le considera uno de los padres inspiradores de la supremacía constitucional.

Recordemos que expresó “*O la Constitución es superior a todo acto legislativo no conforme con ella, o el Poder Legislativo puede modificar la Constitución con una ley ordinaria*”.

La decisión del proceso *Marbury vs. Madison* culmina su posición, que hoy es doctrina, y además conocida e indiscutida.

Este horizonte se enfrenta en la misma época con el irrestricto apego de los jueces, en Europa y Latinoamérica, a la ley basada en las teorías de Montesquieu y de la carta francesa con su trinomio pueblo-parlamento-ley.

A los jueces les está absolutamente vedado inaplicar la ley para la decisión de un caso concreto por pensar que podría ser contraria a la Constitución, puesto que la creación legislativa estaba en manos del Parlamento y se presumía ajustada a la carta magna.

Chile no se sustrae a esta posición ideológica, y durante el periodo de codificación impera el principio de la legalidad francesa lo que se plasma en la definición de ley, de Andrés Bello, expresada en el artículo 1o. del Código Civil.

Hace excepción a esta posición ideológica el sabio Manuel Egidio Ballesteros, quien se preguntaba en sus comentarios a la Ley Orgánica de

Tribunales de 1875, que es su obra, si puede un tribunal dejar de aplicar la ley a pretexto de que es contraria a la Constitución.

Los códigos de procedimiento civil y penal dictados a principio de siglo se encargarían de responder esa pregunta al reforzar la tesis de la legalidad de las sentencias al otorgar competencia privativa a la Corte Suprema para conocer del recurso de casación en el fondo tanto en materia civil como penal. Ello trajo como consecuencia que si cualquier juez de la instancia inaplicaba la ley con influencia en lo dispositivo del fallo, su sentencia sería invalidada por el máximo tribunal. La Constitución pasa así a ser un texto moral que contenía principios sin fuerza.

Esta posición se confirma en la Constitución de 1833, que no establece ningún tipo de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, pero que, sin embargo, refuerza el poder parlamentario del Congreso, quien tenía la facultad de interpretar la ley.

Esta situación cambió sustancialmente con la dictación de la Constitución de 1925, la que en su génesis, don Arturo Alessandri inspirado en el sistema de control norteamericano y su paso por la Sorbonne, conjuntamente con Luis Barros Borgoño, planteaban firmemente la conveniencia de establecer en la nueva Constitución algún sistema de poderes que determinara si las leyes que se dictaban por el Congreso se ajustaban o no a la preceptiva constitucional.

El ejemplo más cercano a seguir lo proporcionaba el sistema de precedentes establecido por la Constitución norteamericana.

Europa en esa fecha sólo contaba con la Constitución austriaca propuesta por Kelsen y la Constitución checoslovaca de 1920, que muy pocos años antes de 1925 habían incorporado la existencia de un Tribunal Constitucional, idea que sí se barajó en las discusiones de la Comisión Constituyente acordándose en definitiva entregar esta novedosa y trascendente facultad a la Corte Suprema de Justicia, quien podría inaplicar la ley por considerarla inconstitucional

El debate termina con la aprobación del texto vigente de la Constitución de 1925, que sin cambios en esta parte por la Constitución de 1980, rige hasta el año 2005.

Curiosamente, el legislador de la época nunca dictó la ley creando el procedimiento necesario para operar esta competencia, vacío que fue llenado por la dictación de un auto acordado del mismo tribunal, el que aun rige para los casos pendientes de los que, conforme a la norma transitoria continua conociendo la Corte Suprema.



Esta etapa de control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley se caracteriza por lo siguiente:

- a) La Corte Suprema renuncia, interpretando el texto constitucional, a la declaración la inconstitucionalidad por motivos de forma, con lo cual claudica a una importante área de la facultad que le entregó la Constitución.
- b) Indicará correctamente que su jurisdicción al declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad es negativa, lo que se traduce en que no puede sentenciar cual es la ley que debe aplicar el tribunal competente para resolver el litigio.
- c) La Corte Suprema, según consta en estudios elaborados por profesores especialistas en el tema, no priorizó el ejercicio de esta competencia por sobre su competencia común, en otros términos, mantuvo la línea como controladora superior y final de la legalidad pero no se mostró como un efectivo tribunal constitucional.
- d) Luego de una jurisprudencia vacilante, decidió que el control comprendía todas las leyes vigentes y no sólo las dictadas con posterioridad a la Constitución de 1925.

En el año 1969 se modifica la Constitución de 1925 creándose por primera vez un Tribunal Constitucional con la facultad de todas conocidas, pero se mantuvo la acción de inaplicabilidad en la órbita de la Corte Suprema, situación que confirmó la Constitución de 1980, que no obstante ampliar y precisar la competencia del nuevo Tribunal Constitucional, no le otorgó el control *a posteriori* o represivo de la ley vigente, que se mantiene en la Corte Suprema, por lo que con ello se implementó un control dual de constitucionalidad.

Con la reforma de 2005 se consolida y perfecciona el sistema de control de constitucionalidad de las leyes, otorgándosele privativamente al Tribunal Constitucional mediante dos acciones diferentes, la de inaplicabilidad y la de inconstitucionalidad, que son diferentes, y que se comentarán más adelante.

### *B. La Constitución Política y su control jurisdiccional*

En esta oportunidad no corresponde reiterar lo que es y qué efectos produce una Constitución Política. Por lo tanto me limitaré a precisar algunas ideas en torno a ella, que sirvan de sustento al estudio de la acción

constitucional que nos convoca, las que deseo iniciar con una cita de mi recordado amigo Louis Joseph Favoreu, quien afirma que bajo el efecto del fenómeno de la constitucionalización, el centro de gravedad del orden jurídico se ha desplazado. Desde el siglo XIX, ese orden tuvo a la ley como eje esencial. A partir de fines del siglo XX, el eje es la carta fundamental. Hoy debe, en consecuencia, hablarse del principio de constitucionalidad, porque la Constitución como lo dijo en un homenaje a Roland Drago en París, no es más un derecho de preámbulo ni de índole política, sino que es un verdadero derecho aplicable directamente por los jueces constitucionales.

Hoy los valores y principios constitucionales son un patrimonio jurídico de la humanidad que las Constituciones políticas deben necesariamente aprovechar, incorporándolos en sus textos y contemplando, como su natural consecuencia, un sistema jurisdiccional que los proteja a través de un debido y justo proceso.

Es el “momento” del derecho procesal constitucional.

En esta perspectiva la Constitución definitivamente se plantea como una norma *decisoria litis* de aplicación directa por el juez en la solución de todo conflicto constitucional sometido a su imperio.

A partir de Kelsen emerge la figura del guardián de la Constitución destinada a garantizar su supremacía a través de un debido proceso.

Calamandrei acertadamente sostiene que todas las declaraciones constitucionales son fútiles si no existen medios jurídicos procesales que aseguren su eficacia real.

Lo mismo ocurre con las garantías que asegura a sus habitantes si no pueden hacerse realmente efectivas.

También debe destacarse que el control de constitucionalidad implica la configuración de un mecanismo de defensa jurisdiccional de un orden constitucional concreto incorporado en una Constitución y que se caracteriza por ser asumido por sujetos ajenos al proceso de producción normativa y por recaer salvo excepciones, sobre normas perfectas y plenamente vigentes. Se plantea formalmente como la garantía de la primacía de la Constitución sobre las demás disposiciones del ordenamiento positivo.

Chile cuenta con una Constitución política que en lo que interesa regula la función legislativa y le entrega al Tribunal Constitucional competencia para velar por su constitucionalidad.

*C. El conflicto constitucional entre la Constitución y la ley que puede decidirse mediante la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*

Surge cuando los órganos colegisladores tramitan o acuerdan un proyecto de ley o la dictan en contravención a la Constitución política.

Este conflicto presenta las siguientes características:

- a) La infracción constitucional puede ser de forma o de fondo. La primera se produce cuando no se cumplen con los trámites previstos por la Constitución y la de fondo cuando su texto vulnera literalmente a la Constitución o sus valores y principios.
- b) La infracción puede afectar al núcleo de la ley o a una o más de sus disposiciones. En el primer caso, toda la ley será inconstitucional, en el segundo, sólo las disposiciones que violenten la carta fundamental.
- c) Nuestro sistema contempla un control preventivo y represivo en el tribunal constitucional. El primero es obligatorio cuando se trate de leyes interpretativas de la Constitución, orgánicas constitucionales o normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, y el control precisará de un requerimiento de los sujetos legitimados cuando se susciten cuestiones de constitucionalidad durante la tramitación de proyectos de ley, de reforma constitucional o de tratados sometidos a la aprobación del Congreso. El control represivo de la ley se contempla en los números 6 y 7 del artículo 93 de la carta fundamental. El primero para obtener la inaplicabilidad de una ley inconstitucional y el segundo para derogarla.

*2. La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la Constitución política*

*A. Concepto*

La acción de inaplicabilidad es la facultad que la Constitución otorga al tribunal constitucional para declarar que un precepto legal en un caso concreto en litis, es contrario a la Constitución y que, en consecuencia, no puede ser aplicado por el juez que conoce del asunto.

El texto constitucional en el artículo 93, Núm. 6 lo precisa al señalar que es atribución del tribunal constitucional resolver “la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contrario a la Constitución.

### B. *Características*

- a) Es una acción procesal constitucional, toda vez que es el derecho que la Constitución otorga a los sujetos legitimados para abrir un proceso ante el Tribunal Constitucional para que éste decida si la norma cuestionada es o no constitucional. No es un recurso, puesto que éste por definición ataca resoluciones judiciales y aquí lo que se pretende es la apertura de un proceso.
- b) Contiene una pretensión procesal cuyo objeto es obtener la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal por estimarse inconstitucional.
- c) Debe existir un proceso pendiente ante otro tribunal donde cualquiera de las partes haya invocado como fundamento de derecho una ley que podría ser violatoria de la Constitución.  
Es lo que la carta fundamental llama “gestión” que se siga ante un tribunal ordinario o especial y cuyo control le corresponde en la fase de admisibilidad a una de las Salas del Tribunal.

Esta característica nos invoca a formularnos algunas preguntas:

- 1) Aplicación de esta normativa a los procesos arbitrales.
- 2) La misma situación tratándose de tribunales de lo contencioso administrativo.
- 3) Su aplicación en la protección de los amparos (artículos 20 y 21 de la Constitución). Esto último por cuanto podría pensarse que el control de constitucionalidad de los amparos le corresponde a las Cortes de Apelaciones y a la Corte Suprema, por lo cual en ese contexto podrían aplicar directamente la Constitución.

En mi opinión, estos tribunales si se enfrentan a una inconstitucionalidad deben recurrir al Tribunal Constitucional para que decida previamente el conflicto de constitucionalidad.

Mi pensamiento se basa en las atribuciones privativas que se concentraron en el Tribunal Constitucional ya que los amparos se basan en in-

fracciones a la ley, salvo el caso del artículo 21 en el evento de que el sujeto se halle arrestado, detenido o preso con infracción a la Constitución, en cuyo caso podría aplicarla directamente pero no podría inaplicar una ley que lo regule.

- d) La Constitución precisa que en un proceso se haya invocado un precepto legal que, además de ser inconstitucional, sea decisivo en la solución del conflicto. En otros términos que pueda tener influencia en lo dispositivo de la sentencia. La carta en el artículo 93 precisa esta característica en el inciso décimo primero en cuanto expresa que “pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto”.

De esta característica surgen algunas interrogantes:

- 1) La ley cuya inaplicabilidad se solicita debe ser necesariamente *decisoria litis* o puede ser de otra naturaleza.  
Respondiendo esta interrogante estimo que esta clasificación de las normas no tiene aplicación en la especie y que cualquiera que sea su naturaleza lo único que debe determinarse es si puede tener o no influencia en lo dispositivo del fallo, y para ello deberá estarse a la naturaleza de la infracción. Así, por ejemplo una ley orgánica sobre competencia puede, obviamente, ser determinante en la solución del conflicto, como resolvió este Tribunal recientemente en una sentencia recaída en el artículo 116 del Código Tributario.
  - 2) La infracción debe ser categórica o puede deducirse de derecho invocado por las partes. La respuesta se encuentra en la propia Constitución en la norma que acaba de transcribirse.
- e) Para que pueda resolverse la inaplicabilidad una Sala del Tribunal debe haber declarado previamente admisible la formación de proceso.
  - f) Esta admisibilidad al no distinguir el Constituyente también se aplica a la acción deducida por los tribunales.
  - g) La inaplicabilidad se tramita en su primera fase por una de las Salas y en su segunda por el Pleno, en el que se producen los emplazamientos, las relaciones y los alegatos.
  - h) La competencia limita en el mérito de la norma impugnada, lo que se traduce en que el Tribunal no puede cuestionar la bondad de la ley sino que debe limitarse a confrontar su constitucionalidad.

- i) En uso de su jurisdicción el Tribunal tiene plena facultad para recurrir a todos los principios de hermenéutica constitucional que ha consagrado la jurisprudencia y la doctrina.
- j) Esta competencia es privativa del Tribunal y por lo tanto es excluyente, lo que en mi opinión elimina cualquier posibilidad de establecer un sistema de control difuso, lo que fuera del texto de la Constitución de 1925, de 1980 y de la reforma de 2005, se encarga el argumento de que los jueces son sujetos legitimados lo que se traduce en que en presencia de una inconstitucionalidad deben recurrir al Tribunal Constitucional.
- k) La Sala que conoce o conoció de la acción de inaplicabilidad está facultada para decretar orden de no innovar en el proceso donde se plantea la cuestión de inconstitucionalidad, lo que significa que ese tribunal debe suspender la tramitación de la causa hasta tanto no exista sentencia del Tribunal Constitucional.

Esta característica llama a las siguientes preguntas:

- 1) Es indubitado que el Tribunal debe pronunciarse sobre ella cuando el actor lo solicita.
- 2) La pregunta es si el Tribunal puede ordenarla de oficio, en consideración a que la Constitución señala que a esta misma sala le corresponderá “resolver” la suspensión.
- 3) Si denegada la suspensión puede ser solicitada nuevamente. Este tema debe ser resuelto por la ley. Mientras tanto el Tribunal ha decidido, cuando deniega agregarle “por ahora”, por lo cual no pierde su competencia para decretarla posteriormente.
- 4) Si la acoge, tiene competencia para revocarla. Este tema igualmente debe ser resuelto por la ley y no se ha suscitado hasta el momento.

### *C. Efectos de la sentencia*

Si se rechaza, el juez puede a su arbitrio aplicar o no la ley en la solución del conflicto. En cambio, si la acoge, su efecto concreto es que no puede aplicarla y es por ello que se señala que tiene un efecto negativo.

Si el Tribunal Constitucional acoge la inaplicabilidad carece de competencia para precisar la ley que debe aplicarse.

Finalmente, tenemos que considerar como efecto que, declarada inaplicable, la ley sigue plenamente vigente, pero que sí configura el presu-

puesto constitucional para que pueda ser posteriormente declarada inconstitucional por el Núm. 7 del artículo 93 de la carta.

Una materia que deberá resolver la ley es lo que ocurre si en ese proceso hay pluralidad de sujetos activos y pasivos, y si se generan efectos reflejos de la sentencia que acoge la inaplicabilidad, cosa que el sentido común precisa ser así.

Cosa diferente ocurre en el caso de que se rechace la inaplicabilidad y si ello impediría que los restantes sujetos puedan someterle nuevamente al conocimiento del Tribunal Constitucional.

#### *D. Sujetos legitimados*

##### *a. Las partes*

Pueden accionar de inaplicabilidad por inconstitucionalidad cualquiera de las partes del proceso en que se aplicaría la norma inconstitucional.

El concepto de partes está establecido por los códigos procesales, y por ende, a ellos les corresponderá exclusivamente el ejercicio de esta acción. En materia civil y en materia penal, en los procesos que se rigen por el Código de Procedimiento Penal, la situación es clara.

En materia civil, puede existir una parte, o pluralidad de partes, activas o pasivas, y a ellas se les pueden sumar los que actúan como terceros, coadyuvantes, excluyentes o independientes, que son las llamadas partes tardías.

En el Código de Procedimiento Penal son partes el o los querellantes y el o los procesados, como igualmente en materia civil pueden serlo el actor civil y los terceros civilmente responsables.

La situación se complica a raíz de la terminología del Código Procesal Penal, que habla de “sujetos procesales” y de “intervinientes”, y por lo tanto deben asimilarse a la exigencia de “ser parte” señalada en la Constitución. Este tema deberá ser resuelto caso a caso por el Tribunal Constitucional, especialmente si el requerimiento es planteado por algún representante del Ministerio Público o decidir si el imputado o solo el formalizado se asimilan a la figura prescrita por la Constitución.

##### *b. El juez que conoce del asunto*

Nuestro sistema orgánico ocupa indistinta e indiscriminadamente los términos “tribunal” o “juez”, en circunstancia que en el ámbito procesal

corresponden a conceptos perfectamente diferenciados. En efecto, el tribunal es el órgano público al que la ley otorga competencia para conocer de determinados conflictos, y el o los jueces, son las personas naturales que actúan en su representación.

Si el tribunal es unipersonal, se produce una coincidencia, en cambio, si es colegiado, el tribunal tiene siempre más de un juez.

Planteado lo anterior, puesto que la Constitución establece como sujeto legitimado al juez, y no al tribunal, lo que llama a preguntarse si, eventualmente, un juez de un tribunal colegiado podría individualmente plantear un requerimiento de inaplicabilidad, o si por el contrario, siempre debiera exigirse la mayoría necesaria para formar la sentencia en la que se inaplicaría el precepto.

Esta materia, al igual que otras deberá ser materia de resolución del Tribunal Constitucional.

### III. SU REGULACIÓN EN EL SISTEMA CHILENO A PARTIR DE LA REFORMA DE 2005

#### 1. *Regulación y procedimiento*

La Constitución concentró el control de constitucionalidad de la ley en el Tribunal Constitucional, estableciendo dos acciones perfectamente diferenciadas. La primera, la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 93, número 6, de la carta fundamental, y la segunda, la acción de inconstitucionalidad del número 7 del mismo artículo, las que entraron en vigencia el 26 de febrero de 2006.

La aplicación de esta preceptiva ha logrado que el procedimiento que se está aplicando responda a los presupuestos del debido proceso que exige la Constitución política.

Recordemos que el capítulo II de la ley citada se refiere al procedimiento en el Tribunal Constitucional, que en el título 1o. establece normas generales de procedimiento, y en el título 2o. normas especiales, cuyo párrafo 2o. regula la sustanciación de los “conflictos de constitucionalidad”, carácter que indubitablemente tienen los generados por el ejercicio de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Este Tribunal ha distinguido entre el procedimiento de la sala y del Pleno, el primero se inicia por un requerimiento que debe cumplir con los requisitos previstos en el artículo 39, si no los satisface, el Tribunal



puede hacer uso del artículo 41, no admitiéndolo a tramitación por resolución fundada.

En tal caso, los requirentes tienen el plazo de tres días para subsanar defectos o completar antecedentes.

## 2. *Admisibilidad*

Si el requerimiento cumple con las exigencias del artículo 39, o se subsanan los defectos, la sala se pronunciará sobre la admisibilidad, controlando si se cumplen las exigencias establecidas por la Constitución, que son las siguientes:

- a) Existencia de una gestión pendiente ante tribunal ordinario o especial, cuyo alcance ya fue comentado. Para acreditarlo se han presentado problemas prácticos, por cuanto la ley no ha resuelto si este antecedente debe ser presentado por la parte, o si el tribunal deberá oficiar para que se lo certifiquen. Paulatinamente la jurisprudencia deberá ir precisando hasta cuando hay gestión pendiente, entendiéndose por ahora que la hay mientras la sentencia que lo resuelva no esté ejecutoriada.
- b) Que la aplicación del precepto impugnado pueda resultar decisiva en la resolución del asunto.
- c) Uno de los temas que hay que tener en cuenta se refiere al cambio de redacción que tuvo la norma en la Constitución, ya que anteriormente era una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, en tanto que ahora se está en presencia de una situación diferente, en que no es el precepto legal el que será declarado inaplicable, sino que su aplicación lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad que sobre precepto se realice. La historia fidedigna de este cambio de redacción del actual número 6, del artículo 93, no entrega ninguna explicación sustantiva.
- d) Esto puede resumirse de la siguiente forma:
  - 1) El texto vigente se refiere a que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, en circunstancias que el texto reemplazado indicaba “podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución”.

- 2) Además, la actual Constitución sólo exige que el precepto legal impugnado pueda, en circunstancias que el antiguo texto era imperativo al señalar que el precepto legal debía ser contrario a la Constitución.

Esto implica que este Tribunal, como lo sostiene la prevención del ministro Mario Fernández, en el Rol Núm. 480:

Según el nuevo texto, por su parte, el Tribunal Constitucional apreciará la conformidad constitucional del precepto después de confrontarlo con el caso concreto, cuando se manifiesten los resultados de su aplicación. Esta normativa, además, se hace más compleja si se considera que las acciones de inaplicabilidad se pueden presentar respecto de preceptos legales por aplicar. Por lo tanto, en este evento, el cometido de esta magistratura puede llegar a cumplirse ante una doble situación hipotética: la aplicación futura y sus eventuales resultados.

- e) La impugnación debe estar fundada razonablemente, lo que queda entregado a la interpretación del tribunal a menos que la nueva ley orgánica lo precise.
- f) El requerimiento debe cumplir con los demás requisitos que establezca la ley, los que actualmente se señalan en el artículo 39 de la Ley número 17.997, Orgánica de este Tribunal Constitucional.
- g) También se exige que venga patrocinado por abogado habilitado y se confiera poder en los términos indicados en la Ley número 18.120.

### 3. *Tramitación en el Pleno*

Cumpliendo con las reglas del debido proceso, como actualmente la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal está aún en trámite legislativo, es que se ha establecido una resolución en cada caso que se encuentra en el Pleno del Tribunal, por el cual se establecen las reglas mínimas de procedimiento en ese momento, con indicación precisa respecto de la aplicación de las normas de la Ley del Tribunal Constitucional.

Posteriormente, deberán ser notificadas las partes, incluyendo a los órganos constitucionales interesados, esto es, el presidente de la República, el Senado y la Cámara de Diputados, tal como lo indica el artículo 42 de la Ley del Tribunal, ya que se está en presencia de un conflicto de constitucionalidad regulado por su párrafo 2.

Con las observaciones o sin ellas, se fijará la vista de la causa con relación pública y alegatos de las partes, quedando la causa en estado de acuerdo para redactar finalmente la sentencia, la cual no es susceptible de recurso alguno, tal como lo indica el artículo 32 de la Ley del Tribunal.

#### IV. REFLEXIONES FINALES

1. *Inaplicabilidad e inconstitucionalidad.* Aunque ambas regulan conflictos constitucionales, difieren en una serie de aspectos esenciales que conviene destacar por cuanto recién se están comenzando a conocer y decidir por el Tribunal Constitucional dentro de la órbita de su nueva competencia.

##### *Semejanzas*

- Ambas son acciones destinadas a obtener por medio del proceso jurisdiccional la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de una o más de sus disposiciones.
- Ambas están establecidos y reconocidas por el artículo 93 de la carta fundamental.
- Ambas acciones conocen y tiene competencia privativa para hacerlo el Tribunal Constitucional.
- Ambas resuelven un conflicto constitucional con efectos diferentes, como se verá más adelante, pero su fundamento es común, a saber, que un precepto legal es contrario a la Constitución.

##### *Diferencias*

- *Pretensión procesal:* la inaplicabilidad del número 6 pretende que un precepto legal no se aplique por un tribunal en la solución de un conflicto *sublite*.

La inconstitucionalidad pretende eliminar una norma del sistema legislativo.

En consecuencia, acogida la inaplicabilidad la ley se mantiene vigente; acogida la inconstitucionalidad la ley queda derogada de acuerdo al artículo 94, inciso tercero, de la carta.

- *Sujetos legitimados.* En la inaplicabilidad lo son las partes de un proceso que se sigue ante un tribunal y el juez que conoce del asunto.

En la inconstitucionalidad existe acción pública y el Tribunal está constitucionalmente legitimado para actuar de oficio.

Debe tenerse presente que a diferencia de lo que establecía la Constitución de 1980, el tribunal no puede declarar inaplicable un precepto de oficio.

- *Presupuesto de admisibilidad.* En la inaplicabilidad lo fija la propia Constitución. En la de inconstitucionalidad lo delega en el legislador orgánico, salvo en cuanto la carta exige para que prospere que debe haber una sentencia previa de inaplicabilidad.
- *En cuanto a su competencia.* Para la inaplicabilidad la Sala debe resolver la admisibilidad y la suspensión del procedimiento con un quórum de simple mayoría.

En la inconstitucionalidad no hay norma expresa y la resolución debe ser consensuada por los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio.

Cabe hacer presente que la Constitución en el caso de la inaplicabilidad se refiere a la mayoría de los miembros en ejercicio, en cambio, como se dijo, en la inconstitucionalidad a los cuatro quintos de los integrantes en ejercicio, tema vinculado a la participación de abogados integrantes en la composición del Tribunal.

- *Efectos.* Cabe volver a precisar que acogida la inaplicabilidad la ley queda vigente y declarada la inconstitucionalidad, derogada.
2. El legislador tiene el deber constitucional de dictar una ley orgánica eficiente y suficiente para que el Tribunal pueda hacer uso de su competencia. Como sostiene el gran constitucionalista Rafael de Mendizábal, la falta de una ley que regule las competencias del Tribunal Constitucional no sólo es una carencia para el mismo tribunal, sino que con mucho más fuerza se trata de una falta de normas para hacer efectiva por parte de todas las personas de los elementos del debido proceso que la carta fundamental asegura a todas ellas. La misma idea la expuso en Chile don Alejandro Silva Bascuñán.
  3. El Tribunal Constitucional del que tengo el honor de formar parte desde 1980, primero como abogado integrante y luego como juez a partir de 1990, en cumplimiento del sagrado principio de la inexcusabilidad decidí en su Pleno comenzar a ejercer las atribuciones que en beneficio del país le asignó la reforma constitucional de 2005.