

JUECES CONSTITUCIONALES. UN PODER INCÓMODO

Andrés BORDALÍ SALAMANCA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La defensa jurisdiccional de la Constitución: un problema entre poderes del Estado*. III. *La defensa jurisdiccional de la Constitución. Un problema entre jueces*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La instauración y funcionamiento de cortes constitucionales en las democracias del *civil law* ha sido siempre una empresa fatigosa. Las razones que explican esta dificultad son numerosas y han sido estudiadas profusamente por la doctrina. En algunos casos se debe a la desconfianza hacia los jueces, ya sea por el conservadurismo de esos jueces (herencia de los *parlaments* franceses) o por sus posibilidades de subvertir el Estado de derecho (antiformalismo alemán, entre otros). En otros casos se explica por una tradición legalista que exalta la voluntad popular expresada en la ley, voluntad que jamás puede ser dejada sin efecto por un tribunal de justicia que carece de legitimidad democrática. A ello puede agregarse también una doctrina fuerte del principio de separación de poderes que no acepta que un tribunal interfiera en la producción legislativa. Razones, como se ve, no han faltado para oponerse a las cortes constitucionales.

* Doctor en derecho; profesor e investigador de teoría general del proceso y derecho procesal constitucional; director del Instituto de Derecho Público de la Universidad Austral de Chile (abordali@uach.cl). Agradezco los comentarios y sugerencias que al texto original realizó Daniela Accatino Scagliotti, profesora de teoría del derecho de la Universidad Austral de Chile. Desde luego ella no es responsable de lo que en definitiva sustenté en el presente trabajo.

En este orden de cosas, a principios del siglo XX se desató una de las polémicas más potentes que recuerde la historia constitucional europea. El enorme impacto de esa polémica tuvo dos razones. En primer lugar la importancia del tema: la supremacía constitucional y su tutela. En segundo lugar, el peso de los contendores: Hans Kelsen y Carl Schmitt. Se trató en definitiva de una polémica surgida en un momento de crisis política, social y económica en la Alemania de ese entonces entre un defensor de la democracia deliberativa respetuosa de unos límites jurídicos establecidos en la Constitución y un defensor de un Estado de derecho que se estructura sobre el valor de una unidad política fundante.

Como sabemos, para Kelsen el parlamento tiene límites jurídicos formales en su actuar. Esos límites están establecidos por la Constitución y el tribunal constitucional debe encargarse de controlar su respeto. Para Schmitt, en cambio, el mantenimiento de la unidad del pueblo, base, a su juicio, del sistema constitucional alemán, debía ser asegurado por un órgano político y no jurisdiccional, que diera garantías a todos para esa unidad. Ese órgano político era el jefe de Estado. Para Schmitt no podía ser un órgano jurisdiccional quien defendiera la Constitución porque el conflicto constitucional es de carácter político y no jurídico. Y no podía ser el parlamento quien defendiera la Constitución porque la unidad del pueblo alemán que le daba sustento a la Constitución germana sólo podía ser defendida por quien representara a ese total. El parlamento sólo podía defender a facciones pero no a todos.

Desde entonces ha surgido la cuestión esencial para el Estado de derecho de si es legítimo que un órgano jurisdiccional deje sin efecto la voluntad política mayoritaria del parlamento. Sin embargo, la situación viene a complicarse mucho más todavía en el contexto del Estado Constitucional de derecho que emerge después de la Segunda Guerra Mundial. A la problemática relación entre parlamento y judicatura constitucional y al de la amenaza de la politización de la justicia defendiendo la Constitución, se une también el problema que emana del hecho de considerar a la Constitución como una norma jurídica vinculante para todos los poderes y jueces del Estado. No sólo los jueces constitucionales son los llamados a defender la Constitución, sino también los jueces ordinarios se sienten responsables de ese deber. Y en esta situación nos encontramos al día de hoy en la mayoría de los Estados de derecho de tradición continental.

Cada uno de nosotros podemos atestiguar, en nuestros respectivos países, que toda vez que una corte constitucional anula una ley, resuenan las quejas de la mayoría política que controla el parlamento. Y cada vez que una corte constitucional, para evitar anular una ley y complicar sus relaciones con el parlamento, la interpreta en un sentido constitucional, resuenan las quejas de los jueces ordinarios que son los encargados de aplicar e interpretar las leyes. Esta situación se da con especial relevancia en el caso de las cortes de casación. Y todo esto transcurre frente a los ojos atónitos del ciudadano común que no entiende cómo funciona su sistema político y jurídico.

En las páginas que siguen quiero desarrollar algunas ideas que permitan atenuar los roces que pueden darse entre parlamentos y cortes constitucionales, así como entre estas últimas y judicatura ordinaria, con especial referencia a las cortes de casación.

II. LA DEFENSA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN: UN PROBLEMA ENTRE PODERES DEL ESTADO

1. *Jueces constitucionales. ¿Una banda de facciosos?*

La introducción de cortes constitucionales en los Estados de derecho de tradición continental ha comportado siempre roces entre los poderes políticos y la jurisdicción. Especialmente compleja ha sido esa situación respecto de la potestad legislativa, sede por antonomasia de la voluntad popular. Para Schmitt,¹ como sabemos, el problema de introducir un tribunal constitucional consistía en trasladar la política a la justicia o, lo que es lo mismo, comportaba una politización de la justicia. Esa traslapación de funciones estatales se produce, según Schmitt, porque los conflictos constitucionales son dudosos e inciertos, debido fundamentalmente a la necesaria imperfección o vaguedad de toda Constitución escrita. De este modo, un juez que pretenda defender la Constitución, termina siempre por crear una norma y no por aplicarla, como corresponde a la función del juez en un Estado de derecho. Esto ocurre debido a que en materia constitucional no puede producirse ningún procedimiento de subsunción ya que no hay un supuesto fáctico normativo suficientemente

¹ Cfr. Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 57.

predeterminado. Se trata del problema que presentan los ya conocidos “conceptos esencialmente controvertidos”,² los que dificultan la aplicación jurisdiccional de las normas jurídicas en el marco de un Estado de derecho que proscribe la arbitrariedad y que valora la seguridad jurídica.

Fernando Atria³ presenta las relaciones entre parlamento y judicatura constitucional como una pugna entre lo que decidimos nosotros y lo que decide una parte de nosotros, es decir, una facción de nosotros. El problema radica en que respecto a los órganos políticos dotados de legitimidad democrática se configura el ideal político de autogobierno, por lo que se puede entender que las decisiones de esos órganos son “nuestras decisiones”. Por el contrario, cuando los jueces hacen una aplicación directa de la Constitución, esa decisión ya no es “nuestra” sino de una parte de nosotros y como tal es facciosa. Y lo faccioso también quiere decir para Atria⁴ subversión de las instituciones democráticas, porque al entender que junto a los procedimientos formales de formación de voluntad puede recurrirse a un mecanismo de apelación directa de la sustancia, se devalúa dramáticamente el valor de los procedimientos formales de formación de voluntad política.

Como se puede ver, el problema que expone esta doctrina no radica mayormente en el tipo de órgano jurisdiccional que debe resolver un conflicto constitucional. No es un problema de si le corresponde a la judicatura constitucional o a la ordinaria resolver este tipo de conflictos, sino el de la aplicación inmediata por un juez, del tipo que sea, de la Constitución. Al carecer de una densidad normativa suficiente, la aplicación judicial de normas constitucionales será siempre una opción valorativa y política de una o más personas, es decir, de uno o más jueces de la República. En cambio, la aplicación de normas legales, sea por cualquier tipo de juez, no da lugar a este tipo de problemas, ya que el legislador democrático le ha dado suficiente densidad a esas normas, de modo que, en la mayoría de los casos, ese juez puede limitarse a aplicarlas a los casos que le corresponde resolver.

² La expresión proviene del artículo de Galle, W. B., “Essentially Contested Concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society* 56 (1955-1956). Una aplicación a categorías constitucionales puede verse en Iglesias Vila, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa* 23, 2000.

³ Atria, Fernando, “Seguridad jurídica y derechos fundamentales: sobre predecibilidad y autogobierno”, en Bordalí, Andrés (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, Universidad Austral de Chile, 2006, pp. 9 y 10.

⁴ *Ibidem*, p. 13.

Al contrario de las tesis de Schmitt y de Atria, creo que es posible considerar legítima la defensa de la Constitución por un tribunal constitucional, bajo ciertas circunstancias. En primer lugar, tiene clara relevancia la estructura orgánica del órgano jurisdiccional que debe realizar la defensa de la Constitución. En segundo lugar, hay que distinguir entre casos constitucionales “difíciles” y aquellos que no tienen esta característica.

En relación a la estructura del tribunal que tiene por función aplicar normas constitucionales, es deseable que los jueces que forman parte de este tribunal tengan una mayor legitimidad democrática que la que podrían tener los jueces ordinarios, suponiendo que estos últimos no son de elección popular, como es la situación normal en la mayoría de los Estados contemporáneos. Es que en esta parte no se puede soslayar que los casos de aplicación directa de la Constitución comportan claramente un mayor nivel de politicidad que lo que puede presentar un caso de aplicación de legalidad ordinaria. Esto se explica por la menor densidad normativa de la Constitución en relación a la ley. Pero esta aseveración no significa que ante estos órganos se desarrolle una actividad política del mismo modo como la que se desarrolla ante el parlamento.

Los jueces no se pueden autoconvocar mientras que los órganos políticos sí pueden hacerlo. Los jueces, además, tienen que fallar y fundamentar en derecho sus decisiones, mientras que los órganos políticos generalmente no son obligados a dar razones cabales de sus decisiones. El caso concreto como horizonte aplicativo de la norma desde luego diferencia una actividad jurisdiccional de una política (especialmente legislativa). Éstas y otras razones permiten diferenciar la actividad de un órgano político de la de un órgano jurisdiccional que tiene que aplicar una norma constitucional. Por eso, si comparamos la actividad que se desarrolla ante un órgano legislativo y un órgano jurisdiccional, podemos constatar que se trata de actividades cualitativamente diferentes. La actividad de los órganos jurisdiccionales aparece mucho más acotada y encauzada jurídicamente que la de los órganos políticos, y por eso, se trata de una actividad en definitiva menos política y más jurídica.

Ahora bien, en el concreto aspecto de creación de derecho, podemos decir que entre la actividad del parlamento y la judicatura hay una diferencia antes cuantitativa que cualitativa. Ante un tribunal de justicia hay una menor tasa de actividad creadora de derecho que ante el parlamento, pero hay que reconocer que ante los tribunales, como ya lo hiciera ver

Gény⁵ hace aproximadamente ciento cincuenta años, también existe tal actividad creadora de derecho. La constatación de esa realidad separaba claramente a Kelsen⁶ de Schmitt. De acuerdo con Kelsen no hay que sorprenderse tanto que los jueces constitucionales creen derecho. Es lo que en mayor o menor medida hacen todos los jueces. Pero del mismo modo hay que reconocer que ante los jueces constitucionales se da más actividad creadora de derecho que ante los jueces ordinarios, y de eso hay que hacerse cargo.

Dejando claro, de este modo, que ante las cortes constitucionales se da una actividad creadora de derecho mayor que ante un tribunal ordinario, es aconsejable por lo tanto dotar de una adecuada legitimidad democrática a los jueces que deben resolver el conflicto constitucional. Esto se logra mediante la designación de dichos jueces por órganos estatales que tengan una legitimidad democrática directa (Congreso Nacional o presidente de la República). No es aconsejable en este sentido que un tribunal de justicia, como podría ser la Corte Suprema o el tribunal de casación, designe a los jueces que defenderán a la Constitución. En este mismo sentido, tampoco hay que descartar que los jueces constitucionales puedan ser electos en su totalidad o en una parte por los ciudadanos, aunque sería recomendable que para ser electo se exija ser un técnico en derecho, es decir, un licenciado en derecho.

No se trata que el tribunal constitucional sea una cámara política más, sino un colegio dotado de una legitimidad democrática y la propia de los jueces. Esa legitimidad judicial puede venir dada por la *auctoritas* de sus integrantes o por la que da el proceso jurisdiccional. Por eso es recomendable designar o elegir como jueces constitucionales a aquellos licenciados en derecho que demuestren alguna experiencia y debida competencia en temas jurídicos. Habrán de crearse algunos indicadores objetivos que permitan valorar estos requisitos. Por otro lado, ese órgano tendrá la legitimidad que otorga el proceso jurisdiccional, es decir, la que deriva de la aplicación irrestricta del principio de pasividad, articulación de un contradictorio en términos de igualdad que muestre todos los extremos del conflicto constitucional en cuestión y sentencias judiciales debidamente

⁵ Véase Gény Francois, *Métodos de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Granada, Comares, 2000, *passim*.

⁶ Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 18 y ss.

fundamentadas en derecho. En esta última parte se subsume la legitimidad que da el proceso jurisdiccional con la legalidad.

En este mismo orden de cosas, al tener una estructura fusionada entre órgano político y tribunal de justicia, se hace aconsejable además que estos jueces respondan política y jurídicamente. Se podría idear la figura del *impeachment* respecto de los jueces constitucionales. Asimismo, los jueces constitucionales deben responder civil y penalmente por sus actos jurisdiccionales. Un Estado constitucional y democrático de derecho no puede tolerar que ningún poder sea ilimitado.

En relación a lo que he denominado casos constitucionales “difíciles” y aquellos que no tienen esta característica, creo que la distinción es pertinente a efectos de tratar el problema de la aplicación judicial de las normas constitucionales. No todo es laguna en la aplicación judicial de la Constitución. Afirmar eso peca de la misma radicalidad con que Kantorowicz⁷ describía al ordenamiento jurídico, cuando señalaba que en las leyes hay tantas lagunas como palabras, y como tal, había que colmar la ley con el derecho libre de los jueces. Nuevamente creo que es pertinente reconocer que la aplicación judicial de la Constitución comportará mayores lagunas que respecto a la aplicación de normas legales, pero habrá casos en que la norma constitucional no generará lagunas que haya que colmar. Hay ejemplos que a estas alturas son evidentes. El artículo 19, número 2 de la Constitución chilena garantiza el derecho a la igualdad ante la ley, agregando que en Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Una ley que dispusiera que las personas pertenecientes a determinados grupos étnicos del país serán consideradas esclavas es claramente inconstitucional. El Tribunal Constitucional sin mayores dudas debería declarar inconstitucional dicha ley. Pero hay situaciones evidentemente menos claras y que pueden ser la regla.

Veamos situaciones en que el vicio de inconstitucionalidad es menos evidente. El artículo 19, número 23, inciso final, de la Constitución chilena dispone que una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes. En este caso si se le pide determinar al tribunal constitucional evaluar si concurre un interés nacional en la limitación de la adquisición de bienes por los particulares, claramente ese

⁷ Kantorowicz, Germán, “La lucha por la ciencia del derecho”, en varios autores, *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949, p. 337.

tribunal terminará por colmar la norma, como lo hace cualquier juez cuando tiene que recurrir a conceptos jurídicos indeterminados. Y desde luego los conflictos constitucionales se van haciendo más difíciles cuanto mayor indefinición normativa exista, como sucede con la tutela de los derechos fundamentales, como los de respeto a la vida privada, intimidad, libertad de conciencia, libertad de expresión, etcétera, en el supuesto que no hayan sido desarrollados por el legislador. En todos estos casos los jueces decidirán el conflicto constitucional apelando a sus concepciones sobre los derechos. En este sentido tiene razón Atria⁸ al sostener que esos jueces no decidirán el conflicto apelando a una norma común sino a una concepción facciosa. Pero eso mismo le sucederá a un juez ordinario cuando tiene que resolver una controversia civil apelando a principios generales como el de buena fe, o recurriendo a la equidad.

De acuerdo con lo analizado precedentemente, los jueces constitucionales son un poco más facciosos que lo que pueden ser los jueces de la judicatura ordinaria. Para evitar incrementar sus niveles de creación normativa contrariando el principio democrático, se debe aumentar el grado de su legitimidad democrática. Desde luego jamás se logrará cuadrar el círculo de la actividad jurisdiccional, que siempre tendrá una faceta creadora de derecho, pero al menos se logrará equilibrar mejor su actuación dentro del Estado de derecho.

2. Instituciones de la justicia constitucional respetuosas de la voluntad del parlamento

Existen dos mecanismos de justicia constitucional que pueden paliar las tensiones que se producen con el órgano representativo de la voluntad popular. Me refiero a reemplazar el mecanismo de la anulación de leyes por de la inaplicabilidad de las mismas. En segundo lugar, en el caso que el tribunal de control de constitucionalidad esté facultado para anular leyes, puede decretar la referida nulidad con un carácter de *ultima ratio* y acomodar en la medida de lo posible la disposición legal dentro del conjunto de normas y principios constitucionales, interpretándola por tanto en un sentido constitucional. Me refiero a la situación de las denominadas sentencias interpretativas. Analizaré a continuación críticamente cada una de estas hipótesis.

⁸ Atria, Fernando, "Seguridad jurídica y derechos fundamentales: sobre predecibilidad y autogobierno", *op. cit.*, nota 3, p. 16.

A. *De la anulación de la ley a la inaplicabilidad de la ley por inconstitucionalidad*

El modelo kelseniano de justicia constitucional supone entregar la facultad a un tribunal de justicia para anular con efectos *erga omnes* las leyes que vulneren la Constitución. Se trata de confiarle a un tribunal de justicia la competencia de contrastar un enunciado normativo legal con otro enunciado normativo de carácter constitucional. A veces ese juicio es completamente en abstracto o a veces supone un caso pendiente, pero sin llegar a ser técnicamente un control concreto.

Concordemos en que la anulación de leyes nunca ha sido una facultad propiamente jurisdiccional y por eso mismo, cuando comienzan a funcionar este tipo de cortes en Europa, un sector de la doctrina no dudó en señalar que desempeñaban una función más cercana a la legislativa que a la jurisdiccional. Como señalara Calamandrei⁹ hace cincuenta años, una cosa es entregarle a un tribunal el poder para juzgar la ley a los fines de interpretarla y otra cosa bien distinta es atribuir un poder a un tribunal para juzgar la ley a los fines de anularla. Lo primero es lo que hace una corte de casación y por eso los efectos de su decisión son *inter partes*. Lo segundo es lo que efectúa una corte constitucional y por eso los efectos de su decisión son *erga omnes*.

La facultad de anular leyes tensiona las relaciones entre parlamento y judicatura constitucional. Esto se explica claramente porque la anulación de leyes la realiza un órgano que no es representativo de la voluntad popular, pero que impone su decisión a la mayoría política que había aprobado previamente esa ley. Y la anulación indica que esa mayoría política aprobó una ley inválida, es decir contrariando la norma constitucional.

Una posibilidad que permitiría sortear de mejor modo este tipo de cuestiones que generan conflictos entre poderes, es optar por un sistema mediante el cual las cortes constitucionales se limiten a declarar inaplicable para un caso concreto, es decir, con efectos *inter partes* y no *erga omnes*, un precepto legal cuya aplicación judicial resulte contraria a la Constitución.

⁹ En este sentido Calamandrei, Piero, "Corte costituzionale e autorità giudiziaria", *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XI, parte I, 1956, p. 12.

La inaplicabilidad, sostiene Fernando Atria,¹⁰ hay que circunscribirla en una función típicamente jurisdiccional, es decir, una actividad que opera en contextos discursivos de aplicación y no de justificación. De este modo, la inaplicabilidad de leyes opera bajo el mecanismo de aplicación de reglas generales a casos concretos y no apunta a determinar si esas reglas son razonables, justas o constitucionales. El juicio jurisdiccional no puede operar en un contexto de datos generales y normales. Los tribunales de justicia “son órganos diseñados para examinar un caso concreto de la manera más exhaustiva posible, con la finalidad de que no haya sido excluida de consideración ninguna característica del caso que sea relevante para la decisión de *aplicación* que deberá adoptarse”.¹¹

Pero aceptar el modelo de la inaplicabilidad de las leyes, comporta convenir en que mediante él no se controla la constitucionalidad de las mismas, puesto que no se hace un contraste entre norma y norma. No hay por esta vía una defensa propiamente tal de la supremacía constitucional. De este modo, el objeto de un recurso de inaplicabilidad de leyes no debería contestar la siguiente pregunta: ¿Es constitucional el artículo *x* de la ley *y*? La pregunta que se debe contestar es la siguiente: ¿Es constitucional aplicar al caso *z* el artículo *x* de la ley *y*? Pongamos un ejemplo concreto. La ley puede disponer que las personas titulares del dominio de construcciones de valor histórico estén obligadas a conservar la estructura de ellas, estándoles prohibido disponer materialmente de las mismas. La referida conservación correrá por parte de los propietarios. Pero si después de dictada la ley un edificio en particular afectado al patrimonio histórico del país sufre severos daños estructurales producto de un terremoto, que significarán para el titular del mismo incurrir en cuantiosos gastos de conservación, puede ser legítimo que un juez pueda declarar inaplicable esa ley para el titular de ese edificio, porque su aplicación en el caso concreto resulta contraria a la Constitución (igual repartición de las cargas públicas).¹² Esta decisión judicial tiene efectos *inter partes* y no significa enjuiciar la validez de la disposición legal. Esta se considera

¹⁰ Cfr. Atria, Fernando, “Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo”, *Revista de Derecho*, Santiago, número especial, vol. XII, agosto de 2001, p. 149.

¹¹ *Ibidem*, p. 149.

¹² Un análisis constitucional de este problema en el derecho chileno, puede ser consultado en Accatino, Daniela, “Sentencia de inaplicabilidad sobre inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley de Monumentos Nacionales (Corte Suprema)”, *Revista de Derecho*, Santiago, vol. 17, diciembre de 2004, pp. 215-226.

válida, es decir, conforme con la Constitución, pero no es aplicable por las particularidades que presentaba el caso concreto en cuestión.

La inaplicabilidad de las leyes es una institución jurisdiccional que genera muchos menos problemas con el parlamento que la anulación de las leyes por inconstitucionalidad. Tema diferente es si se puede confiar exclusivamente en esta herramienta procesal, sin crear ningún otro mecanismo que permita asegurar la supremacía constitucional en un Estado de derecho que valora la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. A mi entender, como explicaré, el mecanismo de la inaplicabilidad no es suficiente a estos efectos y se hace necesario por tanto crear algún tipo de instrumento de justicia constitucional con efectos anulatorios.

No es suficiente el mecanismo de la inaplicabilidad porque pueden existir violaciones flagrantes a la Constitución que significarán alterar el cuadro de competencias orgánicas de los poderes del Estado o bien, en algunos casos vulnerar los derechos fundamentales. Doy un solo ejemplo que permite abarcar varias situaciones. Si el presidente de la República chileno, dicta un decreto supremo por el cual crea un tribunal de justicia para conocer de asuntos criminales cuyos supuestos de hecho ya se han dado en el pasado, ese decreto supremo viola por una parte la competencia legislativa para crear tribunales de justicia (artículo 76 de la Constitución Política de la República de Chile) y de otra, el derecho fundamental de las personas a ser enjuiciadas por el tribunal ordinario predeterminado por la ley (artículo 19, número 3, inciso 4 de la Constitución Política de la República de Chile). Se trata de una cuestión donde los vicios son generales y obvios. Ese decreto debe ser anulado y expulsado del ordenamiento jurídico. No sirve que un juez de la causa lo inaplique por considerar que en ese caso concreto fue excluida de consideración una determinada circunstancia específica que amerite su inaplicación.

Por otra parte, hay una serie de leyes que raramente van a llegar a ser aplicadas en sede jurisdiccional, por lo que nunca podrá funcionar la institución de la inaplicabilidad. Ésta supone una gestión judicial pendiente. Piénsese en las leyes electorales, leyes sobre gasto público o leyes que prevén nuevas estructuras públicas. Se trata de las leyes denominadas por un sector de la doctrina como autoaplicativas.¹³

¹³ Véase Pesole, Luciana, “El acceso por vía incidental en la justicia constitucional italiana”, *Revista de Derecho*, Santiago, vol. XII, agosto de 2001, p. 268.

De acuerdo con lo señalado, más que reemplazar a los instrumentos de justicia constitucional, la inaplicabilidad podría unirse a ellos. En esta hipótesis, como la declaración de nulidad de la ley y la inaplicabilidad de la ley por inconstitucionalidad son instituciones completamente diversas, podrá suceder que el tribunal constitucional considere que una disposición legal es constitucional, y por lo tanto rechace el recurso presentado contra ella, y luego un tribunal de justicia ordinario declare inaplicable en un caso particular esa misma disposición, por encontrarla contraria a la Constitución en su aplicación concreta. No hay ninguna contradicción en ello.

B. De la anulación de la ley a la interpretación de ley

Conscientes los jueces constitucionales de su delicada posición institucional, especialmente en relación con el parlamento, poco a poco han ido creando sentencias alternativas a la de anulación de las leyes. Las más conocidas son las denominadas sentencias interpretativas de rechazo, mediante las cuales la corte constitucional rechaza la cuestión de inconstitucionalidad presentada, declarando la constitucionalidad de la ley en la medida que se la interprete en el sentido que expresa la propia corte.¹⁴

Razones para utilizar este tipo de sentencias hay varias. Una de ellas supone una presunción de constitucionalidad de la labor del parlamento, presunción que tiene su fundamento en la legitimidad democrática del órgano. En este sentido, el juez analiza la ley partiendo del supuesto de su constitucionalidad, correspondiéndole interpretarla de un modo tal que se incorpore al ordenamiento jurídico una norma conforme con la Constitución.¹⁵ La anulación de la ley, en virtud del respeto al legislador democrático, viene a operar con un criterio de *ultima ratio*.

¹⁴ Para un estudio de las sentencias interpretativas, remito a Bordalí, Andrés, “Análisis crítico del control preventivo y represivo de constitucionalidad de las normas jurídicas por los tribunales constitucionales”, en Nogueira, Humberto (coord.), *Jurisdicción constitucional en Chile y América Latina: presente y prospectiva*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005, pp. 249-252; “El modelo chileno de jurisdicción constitucional de las libertades. Análisis en el marco de los valores de seguridad jurídica e igualdad constitucional”, *Revista de Derecho*, Santiago, vol. XVIII, núm. 1, 2005, pp. 96-103; “La tutela de los derechos fundamentales bajo un sistema dual de justicia constitucional”, en Bordalí, Andrés (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2006, pp. 40-45.

¹⁵ Ferreres, Vicente, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 141.

En otros casos, las sentencias interpretativas tienen su razón de ser en evitar los vacíos normativos que se producirán producto de la anulación de la ley. Este *horror vacui* ha sido un problema recurrente en los estudios de justicia constitucional. Kelsen fue uno de los primeros autores en preocuparse de este problema, para lo cual proponía que se retrasara la entrada en vigencia de la sentencia estimatoria hasta un cierto plazo, por ejemplo hasta en tres o cinco años, de forma semejante a la *vacatio legis*, para que así el legislador pudiera intervenir evitando el vacío normativo.¹⁶

Las cortes constitucionales, mediante el uso de las sentencias interpretativas, evitan ponerse en situación de contraste con la mayoría política que ha aprobado la ley, puesto que ellas declaran constitucional la ley en la medida en que ésta sea interpretada de un modo constitucional. En este sentido, mediante las sentencias interpretativas, las cortes constitucionales trasladan el problema de la confrontación entre poderes desde el parlamento hacia la judicatura ordinaria, con especial mención de la corte de casación, ya que a ésta pertenece la facultad de interpretar en definitiva el correcto sentido de la ley.

III. LA DEFENSA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN. UN PROBLEMA ENTRE JUECES

1. *Interpretación de la Constitución por todos los jueces*

Si se concibe a la Constitución como norma jurídica directamente aplicable y que vincula a todos los poderes del Estado, es inevitable concluir que todos los jueces de la República están llamados a aplicar e interpretar la Constitución.

En el proceso de interpretación de las leyes, los jueces ordinarios pueden encontrarse con varias situaciones. En primer lugar, que una disposición legal se ajuste a cabalidad al texto constitucional, conformidad que no implica ningún esfuerzo hermenéutico acomodaticio mayor. En segundo lugar, una disposición legal puede dar lugar a varias interpretaciones posibles, algunas de ellas contrarias a la Constitución y otras conforme a la misma. En este último caso el juez debería optar por aquellas interpretaciones que permiten salvar la constitucionalidad de la ley. El

¹⁶ Kelsen, Hans, “La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)”, *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981, p. 191.

respeto al legislador democrático aconseja este camino. En tercer lugar, la disposición legal no logra ser interpretada de conformidad a la Constitución. En este caso las alternativas pueden ser dos. Que ese juez inaplique esa ley por sí mismo. O bien, que en el caso de que exista la posibilidad para ese juez de plantear una cuestión de constitucionalidad al tribunal que tenga competencia para pronunciarse sobre ello, éste formule la cuestión. Normalmente, quien tiene asignada esa competencia en la mayoría de los países de tradición continental, es el tribunal constitucional. Como sea, en todos los casos enunciados precedentemente, los jueces, todos ellos, están obligados a darle aplicación práctica a la Constitución, enjuiciando la conformidad de la ley con la Constitución.

Lo anterior se explica por el rol del juez en el Estado constitucional de derecho. La sujeción del juez a la ley no es sujeción a la letra de la ley, sino sujeción a la ley válida, esto es, aquella ley que coherente con el entramado constitucional.¹⁷ Esta sujeción del juez a la ley válida implica que éste siempre debería enjuiciar la constitucionalidad de las leyes. Cosa distinta es si ese juez puede desaplicar por sí mismo la ley o debe recurrir ante el tribunal al que el ordenamiento jurídico haya entregado la competencia para inaplicar o anular leyes, lo que dependerá del sistema jurídico de cada Estado.

De lo dicho precedentemente debe concluirse que la aplicación e interpretación de la Constitución en un Estado constitucional de derecho debe ser una competencia difusa. Cosa diferente es que la Constitución y las leyes puedan concentrar en un solo tribunal la competencia para anular o desaplicar disposiciones legales inconstitucionales.

Si bien la interpretación constitucional difusa puede ser entendida como una consecuencia necesaria de la vigencia directa del texto constitucional como norma jurídica, tiene el inconveniente que impide consolidar una doctrina clara en materia constitucional. Si todos los tribunales de justicia son compelidos a interpretar la Constitución, sin que exista mecanismo alguno que unifique esas decisiones judiciales, el valor seguridad jurídica se resiente notablemente. En este sentido, es recomendable activar una práctica de diálogo y respeto entre tribunales. Es conveniente de este modo que en la interpretación que dan los tribunales ordinarios a la Constitución, estén a lo que previamente haya dispuesto el tribunal constitucional, si es que lo hay y si es que ha sentado doctrina sobre el determinado punto previamente.

¹⁷ Véase Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 26 y ss.

2. Sentencias interpretativas. Invasión de los dominios de la corte de casación

Como se expresaba precedentemente, las sentencias interpretativas evitan conflictos entre el parlamento y el tribunal constitucional, pero trasladan el problema hacia la judicatura ordinaria.¹⁸

Para que opere correctamente el sistema de las sentencias interpretativas, debe distinguirse adecuadamente entre disposición y norma. Así, presentado un recurso de inconstitucionalidad a la corte constitucional respecto de una disposición X de una ley Y, la corte declara constitucional la referida disposición X en la medida que a la referida disposición se le de un determinado significado que es compatible con la Constitución o en la medida que se excluya un significado que es contrario a la Constitución. De este modo, la corte constitucional extrae normas de una disposición jurídica determinada. Todo ello, como lo hace ver un sector de la doctrina,¹⁹ limita severamente las posibilidades hermenéuticas de los jueces comunes y, por tanto, las facultades nomofilácticas de las cortes de casación.

Las sentencias interpretativas han dado lugar a la conocida historia de “guerra entre cortes” que se dio en Italia desde el inicio de las funciones de la corte constitucional en el año 1956. La corte constitucional italiana ocupó el espacio de la corte de casación en la interpretación autorizada de la ley ordinaria. De todo ello ya me he hecho cargo en otros trabajos y a ellos remito.²⁰

Para evitar los conflictos entre cortes sobre la interpretación de la ley, la solución más realista que se avizora es la de diálogo y respeto entre cortes. Pero esa práctica debe partir, a mi juicio, de reconocer que quien

¹⁸ Como expresa Guillaume Drago, el uso de las sentencias interpretativas por el *Conseil Constitutionnel* obedece a una posición cómoda del Consejo, que le permite evitar una censura al legislador, descargando de este modo la responsabilidad constitucional en otras autoridades. *Cfr.* Drago, Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, París, Themis, 2006, p. 536.

¹⁹ Véase Silvestri, Gaetano, “Le corti supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei”, *Le corti supreme. Atti del convegno di Perugia, 5-6 maggio 2000*, Milán, Giuffrè, 2001, p. 41.

²⁰ Bordalí, Andrés, “El modelo chileno de jurisdicción constitucional de las libertades. Análisis en el marco de los valores de seguridad jurídica e igualdad constitucional”, *Revista de Derecho*, Santiago, vol. XVIII, núm. 1, 2005, pp. 96-103; “La tutela de los derechos fundamentales bajo un sistema dual de justicia constitucional”, en Bordalí, Andrés (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2006, pp. 40-45.

tiene la función de *nomofilaxis* es la corte de casación y no la corte constitucional. Esto quiere decir que la exégesis de la normativa ordinaria corresponde a la corte de casación, de modo tal que cuando la corte constitucional realice en sus fallos interpretaciones de la ley, debe considerar y adoptar la uniforme interpretación que de la disposición sometida a su control ya haya dado la corte de casación.²¹

3. Casación por motivos de inconstitucionalidad.

Invasión de los dominios de la corte constitucional

En la doctrina, se defiende a veces la idea de que las cortes de casación están facultadas para controlar las normas constitucionales a través del recurso de casación. Ello viene a ser una consecuencia de la aplicación y vinculación directa de la Constitución a todos los poderes públicos y tribunales de justicia. Si en el Estado de derecho decimonónico, a efectos del recurso de casación, el término ley debía ser interpretado restrictivamente como sinónimo de ley ordinaria, en el Estado constitucional de derecho el término ley debe ser entendido ampliamente, lo que incluye tanto la Constitución como la ley ordinaria.²² La corte de casación, vía recurso de casación, aparece para este sector de la doctrina como el órgano que debe “verificar y orientar el significado de las disposiciones constitucionales para su aplicación por los jueces del fondo en todas las causas en que deban acudir a las mismas disposiciones para la resolución del asunto que les corresponde conocer”.²³

La idea de que la corte de casación pueda controlar la interpretación constitucional vía recurso de casación en el fondo ha sido rechazada por algunas cortes, como es el caso de la Corte Suprema chilena.²⁴ Parte de la

²¹ Véase en este sentido la posición de Morelli, Mario, “Rapporti tra Corte di Casazione e Corte Costituzionale nell’interpretazione della norma giuridica e nell’applicazione del precetto costituzionale”, *Le corti supreme. Atti del convegno di Perugia, 5-6 maggio 2000*, Milán, Giuffrè, 2001, p. 84.

²² Fernández, Miguel Ángel, “Constitución y casación: ¿De la falta de aplicación al monopolio constitucional?”, *Estudios constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Chile, año 3, núm. 1, 2005, p. 110.

²³ *Idem*.

²⁴ Sobre esta doctrina estable de la Corte Suprema chilena véase Atria, Fernando, “Proceso civil”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, núm. 2, 2005, comentario de la jurisprudencia de 2004, Corte Suprema, Tribunal Constitucional, Tribunal Calificador de Elecciones, pp. 284 y 285.

doctrina, como veremos, también asume esta posición negativa en el tema. Y esa posición a mi juicio es correcta. ¿Qué razones existen para sostener esta posición restrictiva del recurso de casación? En primer lugar razones de texto. Donde la ley no atribuya expresas competencias en este sentido, no es lícito interpretar extensivamente esta materia. Estamos frente a un recurso procesal de derecho estricto que comportará la anulación de la decisión de un tribunal de justicia de la república. De este modo, si las legislaciones procesales señalan que el recurso de casación vela por la defensa o correcta interpretación de la ley, debe entenderse por tal la ley ordinaria.

Por otra parte, hay que señalar que se pierde todo el sentido histórico de la casación considerando a la norma constitucional como objeto del recurso de casación. La casación es parte del sistema de defensa del orden democrático. Se trata de que la voluntad del pueblo no sea alterada por la decisión particular de un juez. Pero para que el sistema pueda funcionar esa voluntad del pueblo debe estar expresamente detallada por una norma jurídica de modo que el órgano de casación pueda controlar si se respeta o no esa voluntad. Deben tener por tanto esas normas jurídicas una densidad regulativa tal que permita cumplir la función de control.

Es cierto que la ley no siempre tiene la densidad normativa suficiente, o bien no siempre es clara, de modo tal que los jueces no se limitan a aplicarla sino que terminan creando al menos en parte la norma. Y eso mismo ocurre con el recurso de casación. Determinar el correcto sentido de la ley en sede de casación tiene un claro aspecto de creación de derecho por parte de la corte de casación.²⁵ Pero la densidad normativa de la Constitución es infinitamente inferior a la de la ley, por lo que determinar el correcto sentido de la norma constitucional termina siendo, en muchos casos, un puro acto de deliberación política dada en este caso por un órgano (corte de casación) que carece de legitimidad democrática, sin que represente en lo más mínimo la voluntad del pueblo. De este modo, el respeto del principio democrático desaconseja entregar a los jueces de casación la correcta interpretación de la norma constitucional.

La diferencia esencial entre normas legales y constitucionales es visualizada por Fernando Atria²⁶ en que las primeras pretenden adjudicar nuestros conflictos mientras que las normas constitucionales pretenden

²⁵ Taruffo, Michele, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 88.

²⁶ *Cfr.* Atria, Fernando, "Seguridad jurídica y derechos fundamentales: sobre predecibilidad y autogobierno", *cit.*, nota 3, p. 15.

identificar los fundamentos de nuestra comunidad política. Por ello se debe ser muy cuidadoso en la aplicación directa de la Constitución ya que la adjudicación del conflicto no será en muchos casos obra de la voluntad general sino del criterio particular de uno o más jueces.

Ahora bien, es cierto que en experiencias comparadas algunas cortes de casación han considerado a la Constitución como norma a tutelar mediante la función de *nomofilaxis*, pero ello se ha debido a fenómenos excepcionales de crisis o transición institucional. En Italia, desde 1948, año en que entra en vigor la Constitución de la Postguerra, la corte de casación operó como una corte constitucional, puesto que la referida Constitución consagraba una corte constitucional para que desarrollase tal actividad, pero ésta no entró en funciones hasta el año 1956. De este modo, desde 1948 a 1955, todos los jueces italianos, con especial consideración de la corte de casación como tribunal del vértice de la estructura, operaron en calidad de órganos responsables del control de constitucionalidad de las leyes.²⁷ Luego en 1956, cuando entra en funciones la corte constitucional, la doctrina entendió que la corte de casación continuaría conociendo en exclusiva de las cuestiones de legalidad ordinaria y no de constitucionalidad. Y así se ha dado en la práctica.

Las cortes de casación no deben considerar a la Constitución dentro de su función de *nomofilaxis* y uniformidad en la interpretación de las disposiciones legales. Ello no sólo es inconveniente desde el punto de vista del respeto del Estado de derecho, sino que aumenta los grados de inseguridad jurídica al entrar a competir con las cortes constitucionales como defensores de la Constitución y los derechos fundamentales.

IV. CONCLUSIONES

La introducción de cortes constitucionales en los países de tradición del *civil law* ha significado desde siempre romper el equilibrio de poderes con que nació el Estado de derecho decimonónico. Si por un lado supuso imponer su voluntad a la mayoría política del parlamento, a quien puede “doblarle la mano” y anular su producción normativa, con el tiempo las cortes constitucionales comenzaron a ocupar el espacio competencial de las cortes de casación, procediendo a realizar junto a éstas la función de *nomofi-*

²⁷ Campanelli, Giuseppe, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Turín, Giappichelli, 2005, p. 105.

laxis de la ley ordinaria. La intervención de las cortes constitucionales supuso entonces generar un conflicto entre los poderes democráticos del Estado al que luego se sumó otro entre las distintas judicaturas.

Para que la labor de las cortes constitucionales no pueda ser tildada de facciosa, se hace necesario aumentar los grados de su legitimidad democrática. Los jueces constitucionales sólo deberían ser designados por los poderes políticos que representan a la voluntad popular, sin descartar la hipótesis de elegirlos directamente por la ciudadanía. Si a eso se agrega una ulterior legitimidad dada por la *auctoritas* de sus integrantes y por la legitimidad del proceso judicial, podemos ir cerrando los flancos que históricamente han abierto estos peculiares jueces.

Asimismo, las relaciones entre judicatura constitucional y judicatura ordinaria se pueden mejorar si cada una de ellas respeta el espacio que en términos “naturales”, se podría decir, corresponde a cada una de ellas. En este sentido, si las cortes constitucionales van a interpretar las leyes ordinarias mediante el expediente de las sentencias interpretativas, esa interpretación deberá atender a la doctrina que sobre el tema haya decantado la corte de casación. Al contrario, suponiendo que los jueces ordinarios están autorizados para aplicar e interpretar la Constitución, esa labor hermenéutica debe hacerse respetando la doctrina que al respeto haya formado previamente la corte constitucional.

Con estos instrumentos creo que se puede dejar de considerar a los jueces constitucionales como un grupo de villanos facciosos, convidados de piedra del Estado constitucional y democrático de derecho, que intentan imponer su particular punto de vista político a la voluntad popular que se expresa mediante el voto de la mayoría política en el parlamento. Por otro lado, se permite una convivencia pacífica entre judicaturas que tienen como horizonte normativo único la Constitución Política de la República.

No hay duda que los jueces constitucionales son un poder incómodo, pero deben tener cabida en la defensa del Estado Constitucional de derecho, defensa que debe ser realizada con altos grados de legitimidad.

V. BIBLIOGRAFÍA

ACCATINO, Daniela, “Sentencia de inaplicabilidad sobre inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley de Monumentos Nacionales (Corte Suprema)”, *Revista de Derecho*, Santiago, vol. 17, diciembre de 2004.

- ATRIA, Fernando, “Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo”, *Revista de Derecho*, Santiago, número especial, vol. XII, agosto de 2001.
- , “Proceso civil”, *Revista de Derecho*, Santiago, núm. 2, 2005, comentario de la jurisprudencia de 2004, Corte Suprema, Tribunal Constitucional, Tribunal Calificador de Elecciones.
- , “Seguridad jurídica y derechos fundamentales: sobre predecibilidad y autogobierno”, en BORDALÍ, Andrés (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, Universidad Austral de Chile, 2006.
- BORDALÍ, Andrés, “Análisis crítico del control preventivo y represivo de constitucionalidad de las normas jurídicas por los tribunales constitucionales”, en NOGUEIRA, Humberto (coord.), *Jurisdicción constitucional en Chile y América Latina: presente y prospectiva*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005.
- , “El modelo chileno de jurisdicción constitucional de las libertades. Análisis en el marco de los valores de seguridad jurídica e igualdad constitucional”, *Revista de Derecho*, Santiago, vol. XVIII, núm. 1, 2005.
- , “La tutela de los derechos fundamentales bajo un sistema dual de justicia constitucional”, en BORDALÍ, Andrés (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2006.
- CALAMANDREI, Piero, “Corte costituzionale e autorità giudiziaria”, *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XI, parte I, 1956.
- CAMPANELLI, Giuseppe, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Turín, Giappichelli, 2005.
- DRAGO, Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, París, Themis, 2006.
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, “Constitución y casación: ¿de la falta de aplicación al monopolio constitucional”, *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Chile, año 3, núm. 1, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- FERRERES, Vicente, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

- GALLE, W. B., “Essentially Contested Concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society* 56, 1955-1956.
- GÉNY, Francois, *Métodos de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Granada, Comares, 2000.
- IGLESIAS VILA, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa* 23, 2000.
- KANTOROWICZ, Germán, “La lucha por la ciencia del derecho”, en VARIOS AUTORES, *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949.
- KELSEN, Hans, “La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)”, en KELSEN, H., *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981.
- , *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995.
- MORELLI, Mario, “Rapporti tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale nell’interpretazione della norma giuridica e nell’applicazione del peccetto costituzionale”, *Le corti supreme. Atti del convegno di Perugia, 5-6 maggio 2000*, Milán, Giuffrè, 2001.
- PESOLE, Luciana, “El acceso por vía incidental en la justicia constitucional italiana”, *Revista de Derecho*, Santiago, número especial: *Justicia constitucional*, vol. XII, agosto de 2001.
- SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.
- SILVESTRI, Gaetano, “Le corti supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei”, *Le corti supreme. Atti del convegno di Perugia, 5-6 maggio 2000*, Milán, Giuffrè, 2001, p. 41.
- TARUFFO, Michele, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 88.