

**UNIVERSIDAD DE CHILE.**

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Departamento de Derecho Público.

---

---

## **JUSTICIA CONSTITUCIONAL.**

### **De la defensa formal de la Constitución a la defensa de los Derechos Humanos.**

---

---

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y  
Sociales.

Autores :

ALVARO GALLEGOS DÍAZ.

CARLOS MENESES ULLOA.

Profesor Guía.

JOSÉ LUIS CEA EGAÑA.

**Santiago, Octubre de 2003.**

## **CAPITULO PRIMERO.**

### **1.- INTRODUCCIÓN.**

## **CONTENIDO.-**

*1.1.- Constitución, Democracia y Derechos Fundamentales. 1.2.- La Racionalización del poder del Estado. De la mera limitación del poder a la Tutela Jurisdiccional de la Supremacía Constitucional. 1.3.- Justicia y Jurisdicción Constitucional. Nociones Básicas. 1.3.1.- Cuestiones Generales. El problema de la denominación y aproximaciones a su contenido. 1.3.2.- Nuestro concepto de Justicia y Jurisdicción Constitucional. 1.3.3.- De las diversas materias de la Justicia Constitucional. 1.4.- Síntesis y Plan de trabajo.*

*“No existe nación hoy día ni puede existir, no importa cuan bárbaras, salvajes y depravadas sean sus costumbres, a la cual no se pueda atraer y convertir a todas las virtudes políticas y a toda la humanidad del hombre doméstico, político y racional”.*

**Bartolomé de Las Casas.**

### **1.1.- CONSTITUCION. DEMOCRACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

*La Constitución es la síntesis normativa de la dinámica política, social y económica de un pueblo, que como manifestación del "consenso" o "pacto social" está basado en el reconocimiento y protección de los Derechos Fundamentales, tiene como soporte ético la reafirmación del Derecho y la exclusión de la violencia, tanto en la distribución del poder o soberanía como en la solución de los conflictos de intereses de relevancia social.*

De ahí, entonces, que aceptando la tesis moderna del "pacto social", donde cada persona renuncia una pequeña parte o cuota de su libre albedrío, el surgimiento del Estado es la suma colectiva de todas las voluntades reunidas. Pero de ello es forzoso sostener, que habiendo renunciado una parte o cuota de soberanía, lo no renunciado por éstas es indisponible para el Estado, es decir, el marco de derechos intransferibles o propios de la dignidad humana, que nosotros conocemos, hoy día, con el nombre de Derechos Humanos Fundamentales y que, en su concepción histórica y política, son los hijos desesperados de una modernidad consumida por el cáncer de la guerra y la barbarie; y los más recientes nietos de nuestros dogmas occidentales más preciados: la religión judeo-cristiana y su expresión tomista, y la razón aristotélica con uno de sus vástagos: la moral kantiana<sup>1</sup>.

Los Derechos Humanos, tienen, hoy día, una furiosa pretensión de universalidad, que refuerza la idea de una ética común a creyentes y no creyentes y dentro de los primeros, a cristianos y no cristianos. Sea basado en la idea de un "Absoluto" o "Ser", que es Dios, o en la simple afirmación de un "Instinto Natural" de conservación, que ve en hacer el bien el reconocimiento de la pertenencia biológica a una especie, el soporte ético de la conducta humana,

---

<sup>1</sup> Sobre la importancia de la moral Kantiana en los derechos humanos, ver artículo PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS. "¿Por qué necesitamos a Kant?". Revista de Estudios Públicos, N° 69. Santiago, Verano de 1998. Páginas 5 a 17.

movido por la fe en el devenir por sobre la fe de la religión<sup>2</sup>.

No pretendemos –y más bien dudamos de todo argumento– que intente convencer sobre el carácter universal de los derechos humanos, sobre el fundamento metafísico de éstos; los consideramos simplemente una manifestación de la ética en los términos expuestos, que no tiene más pretensión que la necesidad de una convivencia social, en que el bien común y la exclusión de la violencia son asumidos a través de lo Humberto Eco llama el "respeto a los derechos de la corporalidad ajena"<sup>3</sup>. No intentamos instalarnos sobre la base de posiciones iusnaturalistas y iuspositivistas de las cuales desconfiamos. Queremos descansar nuestra argumentación sobre la idea de una ética, sea creyente o no creyente, cuyo rasgo común es la buena fe, es decir, "la convicción de hacer aquello que sin duda todo ser consiente debe hacer"<sup>4</sup>, independiente de sus motivaciones.

---

<sup>2</sup> Al referirnos a las "fes", nos referimos simplemente a la pretensión de certeza absoluta de cosas no evidentes.

<sup>3</sup> ECO, HUMBERTO y DE MARTÍN, CARLO MARÍA. *¿En qué creen los que no creen?. Un diálogo sobre la ética en el fin del milenio*. Editorial Planeta. 17ª Edición Argentina. Buenos Aires Junio de 1999.

<sup>4</sup> Un Planteamiento similar pero en el orden inverso a lo que venimos diciendo, puede leerse en Enrique Barros B, para quien siguiendo a Arthur Kaufmann, "(...) Los derechos fundamentales se sostienen en un principio negativo, que nos lleva a atender, más que a un mundo ideal (y por lo mismo ajeno a nuestra naturaleza, a aquello que se nos muestra como materialmente injusto y contrario a derecho; aquello que expresa una medida intolerable de injusticia (...)). BARROS B, ENRIQUE. *Lógica y Límites de los Derechos Fundamentales*". Ponencia inaugural del Centro de los Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Publicada por el Diario el Mercurio de Santiago con fecha 8 de Diciembre de 2002. Cuerpo Artes y Letras. Página E14.

De ahí que nuestra idea de Constitución, necesite de la reafirmación de los Derechos Humanos fundamentales como primer presupuesto a fin de cumplir cabalmente un segundo rol, cual es su rol de ordenador social en la distribución del ejercicio de la "soberanía limitada" que pertenece al Estado, regulando sus funciones esenciales a través de órganos, con facultades taxativas y en el marco de un procedimiento legal establecido con anterioridad al acto estatal que se trata de ejecutar.

Derechos fundamentales y división de funciones en el marco de la Democracia, constituyen en un Estado de Derecho, presupuestos ineludibles, sin los cuales, sólo se conserva, y en apariencia, el nombre. Tal es así, que ya en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la Francia revolucionaria, un Estado que no establece división de poderes ni garantiza los derechos individuales, simplemente –¡qué precisión más elocuente!– carece de Constitución. Pero para que dicha frase se haya transformado en letra viva, muchos acontecimientos transcurrieron en el Globo hasta llegar a nuestros días.

La presente memoria parte de dos supuestos, a través de los cuales se desarrollan tres capítulos y una conclusión final.

El primero de ellos y, a nuestro juicio, el más importante, dice relación

que, siendo la Constitución el pilar fundamental del Estado y su norma primaria y obligatoria, como expresión sincrética del pacto social, la infracción de ésta quebranta la base social que la sustenta, por lo cual el restablecimiento de la norma quebrantada, es no solo una exigencia social, sino particularmente un derecho humano fundamental cual es el derecho a la supremacía constitucional y a su tutela.

No hacer posible el restablecimiento del Derecho, sea a través de la anulación del acto inconstitucional o de la reparación del mal causado, —sea que dicha infracción se cometa por los órganos del Estado o por los particulares— deja al Estado en la situación de insubsistencia e inviabilidad social y jurídica, que hace posible, el revivir de la fuerza y la opresión. En este escenario, Estado se convierte opresor y partidario de los intereses elitista y minoritarios de grupos o facciones, que devuelve la autotutela y hace posible el derecho de rebelión y de resistencia a la opresión, tal como está establecido desde la declaración francesa ya citada hasta el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en nuestro medio.

Pero el dramatismo propio de la rebelión significa, en definitiva, el ocaso del Derecho y la resolución del contrato social que sustenta todo el ordenamiento jurídico. De ahí, entonces, que el segundo supuesto, son los "frenos y contrapesos" que dentro del Estado y en el marco del derecho debe



reconocer y establecer la Constitución, como forma de solución pacífica y racional de conflictos de intereses con relevancia jurídica, tanto a nivel particular como a nivel macro social. Así las cosas, la Justicia Constitucional viene a ser la respuesta moderna al ocaso de la rebelión como derecho<sup>5</sup>.

Luego podemos hablar con propiedad, y como parte de la evolución de la cultura jurídica romanista, de un Derecho al proceso y, más especialmente, de un Derecho a la Supremacía Constitucional y a su tutela jurisdiccional. Decimos "*jurisdiccional*", pues sólo en el marco del Derecho y su reafirmación por Tribunales de Derecho, se puede reparar la negación del Derecho que significa la infracción o ilícito constitucional. No es otro el sentido que tiene, a nuestro juicio, una interpretación armónica de los artículos 5° inciso 2°, 6°, 7°, 19 N° 3 y N° 26, 20, 73 y 80 de la Constitución Política del Estado. Por esta razón, resulta necesario subrayar que los mecanismos o garantías para hacer efectivo la tutela de derechos, revisten el carácter de derecho fundamental a la garantía jurisdiccional.

Si hubiera necesidad de preguntarse siempre, cosa que creemos mas o menos evidente, cual el es aporte del constitucionalismo contemporáneo a la

---

<sup>5</sup> Pero no es forzosamente la única respuesta, pues países herederos de la comunidad jurídica anglosajona, agrupada en el "commonwealth", no poseen un sistema propiamente tal de justicia constitucional, y el mismo Reino Unido, aún carece de una Constitución escrita, que pueda llamarse Constitución a pesar de no ser ajenos a este conceptos, y ser la cuna del constitucionalismo europeo del mil setecientos.

cultura jurídica universal, no cabe duda que es la promoción y protección de los derechos fundamentales; y siendo así, requiere, de un adecuado mecanismo que garantice y promueva la protección de tales derechos, y esa adecuada protección es, en el ámbito de la jurisdicción doméstica, un vigoroso sistema de Justicia Constitucional, abocado de manera exclusiva a hacer respetar aquello que la "Supreme Court", advirtiera, a nuestro juicio, de manera ejemplar que los preceptos de una Constitución no son adagios trillados ni contraseñas vacías, sino, y siguiendo a Cappelletti, ley verdadera positiva y obligantes con un carácter supremo y más permanente que la legislación positiva ordinaria.

Lo anterior, que resulta evidente en la cultura constitucional norteamericana, que ya en los albores del siglo diecinueve ponía de relieve el papel de los jueces como garantes de los derechos y de la Constitución, que otorgaba a éstos un poder político incomparable a sus pares europeo según nos observa Tocqueville en su recorrido por el país del norte, y que fuera manifestado dubitativamente por Hamilton primero, pero dicho de manera enérgica por el Chief Justice John Marshall en un caso en si mismo irrelevante, como lo fue "Mabury v/s Madison" (1803), no fue el camino de la Europa decimonónica que negó a los jueces, de manera enérgica, el control de la constitucionalidad de los actos de los representantes de la voluntad general, camino seguido al unísono en Iberoamérica, salvo excepciones como la venezolana de la comienzos del mil ochocientos.

De ahí que el surgimiento de los Tribunales Constitucionales, en la década de 1920, y su instalación definitiva en la Europa de la post-guerra, se ha observado como el acontecimiento más destacado del Derecho Constitucional europeo de la segunda mitad del siglo XX.

Pero este Tribunal Constitucional, concebido inicialmente como un *"legislador negativo"*, según la expresión acuñada por Kelsen, se ha convertido hoy día en algo más que una jurisdicción creada para conocer del control de constitucionalidad de las leyes, para ir convirtiéndose en el verdadero Guardián de la Constitución, y no meramente un guardián o gendarme de las asambleas legislativas –como fue concebido el Conseil Constitutionnel francés de 1958, y alguna medida también el Tribunal Constitucional chileno de 1980– sino como un Tribunal Especial, el más importante y pilar esencial de la transformación del Estado autoritario a un Estado democrático, separado, por tanto, de la judicatura ordinaria que, arraigada a su misión de aplicar y ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, según reza la célebre sentencia de Montesquieu, era incapaz de proteger adecuadamente los derechos llamados a garantizar, o simplemente, encontrarse sometida al poder político del Ejecutivo y las asambleas.

De ahí que la evolución de los Tribunales Constitucionales, y del juez constitucional en general, plantea hoy día un desafío de enormes proporciones,

que rebasa su rol de legislador negativo, instalándose como guardián de los derechos fundamentales, y en especial de un Estado Social y Democrático de Derecho y que hace de éste, en muchos casos un "legislador positivo", como puede concluirse especialmente de la jurisprudencia de la Corte Constitucional establecida por la Constitución italiana de 1947, contrariando lo postulado por el creador austríaco de 1920, así como de varios de sus pares europeos. Es destacable en este punto, la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés y su teoría del Bloque de Constitucionalidad, que trataremos más adelante y que constituye la gran "revolución" del derecho público francés de la década del setenta a nuestros días. O en la labor del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, donde además del control de constitucionalidad de las leyes, tiene también a su cargo la acción de amparo o "Verfassungbeschwerde", recurso constitucional contenido en la Ley del Tribunal Federal Constitucional de 12 de marzo de 1951, y recogida, entre otros, por España en 1978. La acción de amparo bajo el alero de su tutela jurisdiccional, fue un poderoso impulsor de la democratización alemana de la segunda mitad de este siglo, acuñando conceptos como de "democracia combativa o militante", en cuya protección, declaró inconstitucionales en la década del 50 al Partido Nazi y al Partido Comunista alemanes.

La experiencia constitucional latinoamericana es probablemente menos apasionante, menos pura, subdesarrollada; sigue el curso y el discurso, la

tradición y la modernidad, el modelo y el mito, sin ser indiferentes a su existencia y dando lugar al más variado escenario de modelos mixtos, integrales o múltiples.

El Tribunal Constitucional se ha venido a instalar como una hipótesis en busca de resultados, a veces exitoso, otras veces lamentable, como un poder independiente del Poder Judicial o teóricamente independiente como el Tribunal Constitucional peruano, tristemente avallado por la demagogia gubernamental del gobierno del ex presidente Fujimori, que manejaba al Parlamento y a la Justicia, así como la tímida, pero resuelta, experiencia colombiana echada al olvido, o como parte de los Tribunales Supremos en salas constitucionales, ajenas a la labor de casación, con la buena experiencia costarricense de la Ley de jurisdicción constitucional, que vino a reformar la Constitución en 1989. O simplemente, por temor a su instalación, dotando a las Cortes Supremas de varios países de recursos constitucionales efectivos para el resguardo de los Derechos Fundamentales, como es el caso de Venezuela, país cuya Corte Suprema de Justicia tenía y tiene aún en el moribundo régimen del gobierno de Chávez, como función primordial el controlar de acuerdo con la Constitución y las leyes la constitucionalidad y la legalidad de los actos del Poder Público.

Venezuela es el primer país, después de Estados Unidos de América, en

encargar el resguardo de la Constitución a los Tribunales de Justicia ordinarios, ya a comienzo del siglo XIX, y con mayor fuerza a partir de la década del cincuenta de ese siglo, en contraste a la totalidad de los países europeos y latinoamericanos que a esas mismas fechas reconocían al legislador como el Supremo guardián de la Constitución y paradigma de una democracia guiada por instintos y por la furia tribal del caciquismo y la venganza del *"Ancian Regim"*.

Pero antes del control jurisdiccional –que solo se desarrolló y consolidó en el globo durante el siglo XX– tuvo su lugar casi sin contrapeso, –con la sola excepción de Estados Unidos y los países del Commonwealth– el control político de la Constitución desde la mismísima Revolución Francesa, entregada al representante de la soberanía nacional, el Parlamento. La Revolución de las Luces trajo consigo la reacción absolutista o el caos donde no era posible dicha reacción, convirtiendo al arte romántico como su protesta más visible, arrancada de raíces por un realismo combatiente, un "Germinal", una "Commune", un Napoleón humillado por el Gran Canciller de Europa.

El Parlamento lucha contra el Jefe de Estado, y a veces contra sí mismo, Mientras tanto la Constitución cuelga en los museos. La Ley es la Constitución. Y "a esa señora llamada Constitución hay que violarla...", dice en su lenguaje acostumbradamente procaz, el mismísimo Diego Portales, celebridad nacional.

En Chile, Mariano Egaña parece repetir la sentencia de Robespierre, "la palabra jurisprudencia debe ser borrada del diccionario", a lo cual Andrés Bello nos recuerda "sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio" (artículo 3° del Código Civil), concordante con lo dispuesto en el Capítulo VI, apartado final, de la Carta de 1833 y su Comisión Conservadora encargada de "velar sobre la observancia de la Constitución y las leyes", así como lo dispuesto en el artículo 164 del Código Político al señalar que "Sólo el Congreso (...), podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno de sus artículos", a través de leyes interpretativas. Realidad esta última que se repite de manera casi unánime, con leves matices y excepciones destacadas, en el resto de los países latinoamericanos y europeos, según tendremos oportunidad de demostrar en el próximo capítulo.

Este control político de constitucionalidad es congruente con el principio de separación de poderes que informa la articulación del régimen político y tipo de gobierno, y con el dogma de soberanía de la ley, pues, como ha observado Favoreu, mientras en Norteamérica la Constitución es soberana, en Europa y también en nuestro medio, la soberana es la Ley y no la Constitución.

Resulta sorprendente, entonces, esta revolución póstuma del un constitucionalismo que parecía relegado a la teoría política y excluido, por tanto, del estudio exegético del derecho, que ondeaba en todas las banderas del orbe

romanista.

Quizás nunca antes estuvo el Derecho tan solitario, huyendo del dogma cristiano que hacia de la ley divina y de la natural el sustento de la ley humana que nos rige, o del racionalismo que hacía del Derecho un imperativo categórico según la expresión acuñada por el vituperado Kant. Nunca el derecho fue tan avasallado, nunca además la necesidad social del Derecho fue tan presente.

La modernidad concluida y su ímpetu post-moderno, conocieron los derechos humanos, de manera más dolorosa que se pueda hacer: los aprendimos huyendo de la persecución de que éramos víctimas, a uno u otro lado de los cinco continentes, los conocimos y proclamamos, confiados en nuestra salvación. No se aprendió la teoría sin antes haber vivido la desesperación que trajo consigo el atropello.

Pero esta verdadera veneración de los Derechos Fundamentales no hizo olvidar las causas de su quebrantamiento, regulando acto seguido la relación más caótica del derecho con el poder: los estados de excepción en nombre de los cuales se vulneraron. Los gobernantes suelen ser ávidos para detectar su necesidad y suelen también ser celosos de su control estableciendo razones de estado ajenas al control judicial.



Pero este desarrollo de los principios garantistas en materia de derechos humanos, tiende a una expansión internacional, manifestada ya a comienzos de este siglo, con la Liga de las Naciones y reforzada luego con el surgimiento de Naciones Unidas, el proceso independentista africano y el auto control de la Guerra Fría, así como la agrupación regional de los países y la jurisdicción de órganos internos y externos en la protección de los derechos humanos fundamentales. Proceso auspicioso y a veces truncado por nuevos y viejos nacionalismos.

Esta mixtura de Tratados Internacionales y tribunales con jurisdicción universal, desencadenan a finales de este siglo un poderoso movimiento internacional y son objeto de estudios y decisiones políticas y jurídicas de enorme relevancia.

Dentro de este marco la reforma constitucional de 1989, que incorporó a la Constitución los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, nos plantea necesariamente el tema del "Bloque de constitucionalidad" como normas de referencia del juez constitucional.

Pero más aún, si hemos señalado que el derecho al proceso y a la tutela jurisdiccional de la supremacía constitucional, se entiende como un derecho de

aquellos fundamentales, la llamada transferencia de soberanía a organismos internacionales, no es sino la prolongación del resguardo que tal derecho necesita y, en definitiva, es también el derecho a la sobrevivencia del Estado de Derecho, tantas veces invocado, tantas veces avasallado, y el medio que franquea la comunidad internacional para evitar la autotutela a través del derecho a la rebelión y de resistencia a la opresión, ya recordado al empezar estas líneas. Es decir, lo que estamos planteando radica en que la importancia de la tutela internacional tiene el carácter de subsidiaria, y tiende, por una parte, a garantizar el derecho individual de tutela jurisdiccional, así como a la sobrevivencia misma del Estado infractor, al afirmar el derecho y dar paso a la solución de los conflictos de intereses de relevancia jurídica.

Vivimos ciertamente la globalización del Derecho y también de la Justicia, la humanidad no resiste hoy día la autarquía y los afanes nacionalistas que sirven como una excusa o mala respuesta a nuestros males. La necesidad de protección de los derechos humanos es un principio de "ius cogens" en el derecho internacional.

La protección de la soberanía es la respuesta de un nacionalismo trasnochado y carente de reales raíces democráticas, a una necesidad del siglo XXI, pero también es falaz en su propio autoritarismo.

Esta discusión que se ha tornado en Chile de una actualidad insospechada, luego de la detención en Londres del Ex-gobernante chileno Augusto Pinochet, y coincidente además con la aprobación en Roma del Estatuto de la Corte Penal Internacional, creada para conocer y juzgar, los delitos de genocidio, agresión, crímenes de guerra y de lesa humanidad y cuya discusión por el Congreso chileno, previa a la ratificación del Presidente de la República, le ha dado al tema una amplia repercusión pública.

De la discusión política y académica, dos parecen ser los argumentos jurídicos que merecen mayor atención. La supuesta inconstitucionalidad por infracción al artículo 73 de la Constitución, en conformidad al artículo 6 y 7 del texto de 1980, así como la alteración al principio de la cosa juzgada, el cual solo tiene rango legal y no constitucional, como parece concluirse de los numerosos artículos que colman los diarios más importantes de nuestro medio, teniendo importantes excepciones como las acciones de revisión, mal llamadas recursos de revisión, tanto civil como penal, así como en el principio de favorabilidad de la ley penal o principio pro reo.

La primera objeción constitucional no es verdaderamente una objeción jurídica, sino política. No cabe duda que cuestionar esa atribución, parece olvidar el texto de la Constitución además de la evolución del derecho en Chile. Aceptar dicho argumento no solo enturbia la labor de la corte penal que se

intenta establecer sino los organismos ya existentes en el derecho internacional tanto público como privado, tales como los centros de arbitraje internacionales como el C.E.A.D.I o las cortes de derechos humanos. No concordamos por cierto con el fallo del Tribunal Constitucional de fecha 8 de abril del año 2002 que declaró inconstitucionales algunos artículos del Tratado<sup>6</sup>.

En efecto la norma del artículo 73 de la Constitución señala que el conocimiento de las causas civiles y criminales corresponde exclusivamente a los tribunales establecidos por ley sin importar si esta es nacional o internacional y la relevancia de la norma reside en la prohibición a los demás órganos del Estado de interferir en el ejercicio de la labor jurisdiccional, tal como se pone de relieve al hacer un análisis completo del artículo referido Pero en ningún caso implica suponer la prohibición o exclusión de jurisdicciones foráneas tanto así que la norma es concordante con lo establecido desde principios de siglo en el artículo 1° del Código de Procedimiento Penal, al establecer que el primer principio es la territorialidad la que no es absoluta por las excepciones allí contempladas así como aquellas establecidas en el artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales en base a la reciprocidad.

---

<sup>6</sup> Ver extracto de fallo en nota al pie número 389 del Capítulo IV de esta monografía.

## **1.2.- LA RACIONALIZACIÓN DEL PODER EN EL ESTADO MODERNO CONSTITUCIONAL.**

### **De la simple limitación del poder del Estado a la Tutela Jurisdiccional de la Supremacía Constitucional.**

En los tiempos actuales, después de todo lo dicho, defender la Constitución y su Supremacía sobre las demás normas no resulta del puro interés lógico y jurídico de defender la norma de mayor jerarquía dentro de un ordenamiento jurídico, sino que tiene un fin mucho más trascendente, significa defender el concepto de persona, de Estado y los valores que una comunidad plasma en el texto constitucional para darse una organización cada vez más racionalizada en el ejercicio del poder y más garantista en el respeto de la dignidad y derechos de las personas.

Por ello el Estado de Derecho, cualesquiera sean sus denominaciones, llámese social de derecho, social y democrático de derecho, ha estado indisolublemente ligada a la idea matriz, generalmente aceptada, de Constitución como Ley suprema del Estado Nación, Constitución que ya hemos definido como la síntesis normativa de la dinámica política, social y económica de un pueblo, que basado en el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, tiene como soporte ético la reafirmación del Derecho y la

exclusión de la violencia, tanto en la distribución del poder o soberanía como en la solución de los conflictos de intereses de relevancia jurídica y social<sup>7</sup>.

Pero todos estos conceptos e institutos: La Constitución, la evolución de su contenido, el Estado de Derecho y el nacimiento y posterior desarrollo de la Justicia Constitucional hasta llegar al estadio insinuado líneas atrás –de protección de los derechos fundamentales– se encuentra íntimamente ligado, desde su génesis, al nacimiento y desarrollo del Estado Moderno Constitucional y al proceso histórico denominado de la *racionalización del poder*.

En efecto, el liberalismo clásico de los siglos XVII y XVIII, que da nacimiento a las primeras constituciones modernas, responde a la necesidad de resolver el dilema al cual, a lo largo de la historia, toda organización humana, hasta la más rústica, se encuentra expuesta: buscar la forma de proteger a las personas en su dignidad, derechos y bienes, como destinatarios del poder o gobernados, frente a los abusos de los detentores del poder o gobernantes<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> A propósito de esta definición y su carácter garantista, véase PEREIRA MENAUT, ANTONIO-CARLOS, para quien, basado en los estudios de Friedrich y Loewenstien, la Constitución desde un punto de vista material es una limitación al poder, llevada a cabo por el Derecho y afirmando una esfera de derechos y libertades a favor de los ciudadanos. *“Teoría Constitucional”*. Editorial Jurídica Conosur. Santiago Año 1998. Página 22.

<sup>8</sup> Al respecto, revisar trabajo de BRAVO LIRA, BERNARDINO. *“Poder y respeto a las personas en Iberoamérica. Siglos XVI a XX”* Ediciones Universitarias de Valparaíso. Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso 1989. En esta obra, su autor plantea la existencia de este dilema en el Estado Monárquico en Europa y en Iberoamérica, analizando la forma en que las personas son protegidas de los abusos de poder de los

Este dilema, en el marco del racionalismo moderno del siglo XVIII, encuentra respuesta en el constitucionalismo clásico<sup>9</sup>, que busca racionalizar el ejercicio del poder del Estado, como organización política superior, de acuerdo a los postulados ilustrados del siglo de las luces, de forma tal que del Estado Moderno Real o Absoluto, se da paso a una nueva etapa de esta organización

---

gobernantes en Iberoamérica, con especial atención de los mecanismos existentes con anterioridad al constitucionalismo clásico del siglo XVIII que generalmente se encontraban radicados en procedimientos ante órganos judiciales. Respecto de la protección y respeto de las personas desde el siglo de las luces en adelante, en el Estado Moderno Constitucional. hace hincapié en demostrar que las declaraciones de derechos, tan características de esta época, no sirven por si solas para impedir el abuso de poder de los gobernantes, si no existen paralelamente acciones y recursos que hagan efectiva la letra de la declaración.

<sup>9</sup> El profesor Mario Verdugo Marincovic, resume los principios del Constitucionalismo Clásico en los siguientes postulados:

- a).- Se concibe al Estado como limitado por normas jurídicas, el imperio de la legalidad elimina el poder arbitrario;
- b).- Se recoge la teoría política del pueblo o de la nación como titular de la soberanía, lo que da origen al mecanismo de la representación;
- c).- Se organizan las autoridades públicas en órdenes a poderes separados e independientes (el dogma de la división de poderes);
- d).- Se incorpora una tabla de derechos individuales, garantizándose su ejercicio;
- e).- Los gobernantes, son responsables ante la colectividad de los actos de su gestión política y administrativa; y
- f).- Se estima que las bases de la organización del poder estatal (parte orgánica) y las garantías de los derechos individuales (parte dogmática) deben constar en un documento escrito, solemne, con carácter de superley y producto de un poder constituyente.

Ver VERDUGO MARINCOVIC MARIO y GARCÍA BARZELATTO, ANA MARIA. *Manual de Derecho Político. Instituciones Políticas*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1994. Tomo I. Página 304. Debemos apuntar que dentro de estos principios no se consagra la existencia de mecanismos eficaces para el resguardo de los derechos individuales y de la primacía de la Constitución, menos aún consagra una *tutela jurisdiccional* de la supremacía constitucional.

política: El Estado Moderno Constitucional.

En este nuevo Estado el poder se ejercería de una forma más racional y limitada que el anterior, en favor de las personas y sus derechos. El gran vacío en todo caso fue no haber concebido inmediatamente mecanismos eficaces para el control de las nuevas constituciones, quizás el único pensado fue el “derecho a la rebelión” frente al poder ilegítimo y arbitrario del gobernante, pero ello no es más que llevar la autotutela en el ámbito constitucional y su consecuencia lógica es la guerra civil y la anarquía.

Así las cosas, por muy buenas intenciones que tuvieron los constitucionalistas clásicos del siglo XVIII, no se percataron que la Constitución tiene una relevancia mucho mayor de la que concibieron. No es un texto más de aquellos que rigen la vida del común de los ciudadanos en un Estado. Hoy podemos mirar hacia atrás y ver que su esencia reside, en que siendo el más jurídico de los textos políticos es a su vez, el más político de todos los textos jurídicos.

Puede decirse, sin lugar a dudas, que ella representa y garantiza, nuestros anhelos de libertad. Todo depende, como advertiera Loewenstein, si el traje sienta a la medida y se usa realmente o simplemente se encuentra guardado en el armario a la espera que el cuerpo nacional haya crecido, o peor



aún, se trata de un disfraz. Pero no nos engañemos, cuando hablamos de libertades, de igualdades, de bien común, de derechos y deberes, de separación de poderes o funciones, de régimen y forma de gobierno, de ciudadanía, etc., hemos optado por una concepción política de la sociedad, por un modo de ser y entender los fenómenos políticos.

Así las cosas y como en ningún otro campo del Derecho, la particularidad o especificidad de la norma constitucional, distinta a la norma civil, procesal o laboral, su mayor amplitud y apertura, su referencia a valores y principios, y su frecuente estructura programática destinada a perdurar más que ninguna otra norma, hace de estas circunstancias que no sólo importe lo que texto diga, sino y con mayor fuerza, lo que sus intérpretes, sean órganos políticos o jurisdiccionales, concluyan de él. La vida de una Constitución está, más que en cualquier otra norma, en la interpretación y aplicación que de ella se realice.

Pero volviendo al origen de los institutos en estudio, rescatamos, como bien señala Pérez Tresp, que el problema del juez constitucional y de la Justicia Constitucional es un problema histórico<sup>10</sup>, pues como hemos anotado, se remonta a los albores mismos del constitucionalismo clásico de los siglos XVII a partir de las experiencias constitucionales vividas en Inglaterra, Europa

---

<sup>10</sup> PÉREZ TRESP, PABLO. *"Tribunal Constitucional y Poder Judicial"*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1985. Página 17.

Continental y Estados Unidos. Si bien la concreción del constitucionalismo en cada uno de estos diferentes Estados fue diferente, en todos ellos se persiguió igual fin: transformar la libertad de hecho conseguida en las revoluciones en libertad jurídica, mediante el establecimiento de una Constitución a la cual quedaba sometida a la estructura y funcionamiento del Estado<sup>11</sup>.

Por lo tanto la *idea de supremacía de una norma fundamental o Constitución, que en términos mínimos estableciera la separación de poderes y la defensa de los derechos civiles*, se encuentra concebida para los racionalistas modernos, como la más eficaz garantía para limitar el poder del Estado y proteger a los gobernados de los posibles abusos de los gobernantes. Así ha sido en nuestra cultura jurídica europea continental e iberoamericana, heredera de la tradición greco-romana y cristiana, como también en el desarrollo de la tradición anglosajona y luego norteamericana, desde antes de la ilustración con la *Cada Magna* inglesa impuesta por los señores feudales al Rey Juan en 1215; luego con los trabajos de *Lord Edward Coke* y los efectos de la "*Gloriosa Revolución de 1688*" y su recepción en los nacientes estados americanos, y en especial el fallo del *Chief Justice John Marshall* de 1803.

Sin perjuicio de ello, nace en ese mismo momento un problema esencial:

---

<sup>11</sup> Ibid. Página 17.

como y quién protege a la Constitución. Como señala un autor, "si la Constitución ha de ser mantenida, necesita un guardián, más quién ha de ser ese guardián sigue discutiéndose a través de la historia"<sup>12</sup>.

La solución a este problema, durante los siglos posteriores, ha sido materia a un arduo, apasionante y nunca pacífico debate en ambos lados del Atlántico, y dio nacimiento a una serie de modelos y fórmulas con diversa suerte –o más bien sin suerte– para los efectos de *guardar* la Constitución y darle vigencia efectiva.

Así, la cultura jurídica del "*Commonwealth*", con la sola excepción del Reino Unido, y su desarrollo norteamericano, destacan el *control judicial de la constitucionalidad* de las leyes y de los demás actos de los órganos del Estado, adoptado también en la naciente república de Venezuela a comienzos del siglo XIX. Por su parte el desarrollo europeo continental e iberoamericano, herederos de la cultura jurídica del llamado '*civil law*' o derecho romano, y también germano –donde las cosas sobre el gobierno del reino son públicas y las cosas de las gentes son privadas– siguieron hasta mediados del siglo XX absortos en la idea de un *control político de constitucionalidad*, del que no escapó nuestro

---

<sup>12</sup> FRIEDRICH, CARI J. "*Constitutional government and democracy; theory and practice in Europa and America*". Página 249. Citado por LINARES QUINTANA, SEGUNDO. "*Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*". Editorial Plus Ultra. Buenos Aires 1981. Página 503.

país, a través de cámaras de censores o comisiones conservadoras, integrantes del órgano legislativo como representante de la voluntad general.

Como lo veremos más adelante, este *control político* –radicados en el Ejecutivo y el Parlamento– no dieron el resultado que en la teoría habían imaginado los ilustrados del Siglo XVIII para proteger a las personas del ejercicio abusivo del poder del Estado, durante el siglo XIX y especialmente en la primera mitad del siglo XX. Por ello, a pesar de las importantes excepciones anotadas, durante todo el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, es la época que denominamos de la “*guarda política*” de la Constitución, que no significaba otra cosa que el control de una rama política – Ejecutivo – por otra rama política –Parlamento, o vice versa– con la trágica experiencia vivida en Europa de la supremacía ilimitada –no de la Constitución– sino que de una de las ramas política, con la evidente consecuencia de la tiranía del poder y los regímenes totalitarios<sup>13</sup>.

Sin perjuicio de los esfuerzos de algunos Estados durante la primera parte del siglo XX por instaurar controles jurisdiccionales de constitucionalidad en Europa Continental –como el caso de la experiencia austriaca de *Kelsen* de

---

<sup>13</sup> CAPPELLETTI, MAURO. “*Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional*”. En FAVOREU, LOUIS, coordinador, “*Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1984. Página 651 y siguientes.

1920 y la instalación de su Tribunal Constitucional, separado e independiente del órgano judicial y legislativo, así como también la checoslovaca de 1919 y española de 1933— solamente después de la segunda guerra mundial podemos decir que toma forma y fuerza una Justicia Constitucional autónoma e independiente de otras instituciones del Estado, tanto material como orgánicamente, especialmente el cambio de los sistemas de control político por sistemas de *control judiciales o jurisdiccionales* de constitucionalidad en la mayoría de los Estados, además de la creación de órganos y tribunales especializados para conocer de esta materia<sup>14</sup>.

También resulta esencial el nacimiento y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la segunda mitad del siglo recién pasado y su cada vez más estrecha vinculación con los sistemas y órganos de la Justicia Constitucional en cada realidad institucional. Así no hay solamente un cambio orgánico —de crear órganos especializados— sino que además un cambio material o sustancial, ya que proteger la Constitución significa también proteger los derechos fundamentales de las personas que en ella se contienen

---

<sup>14</sup> El profesor Cappelletti destaca como la gran lección que nos puede dejar la historia moderna es que "(...) los poderes públicos deben ser controlados por la rama menos poderosa (...)", refiriéndose al control **Judicial o Jurisdiccional** "(...) jurisdiccional porque forma parte de esa clase de actividad pública que la sabiduría milenaria llama, por excelencia, *Justicia*. Es una actividad diferenciada de las actividades legislativas y administrativas porque es a la vez independiente y comprometida: independiente, porque el juez, caracterizado por su independencia e imparcialidad, por definición no intervendrá más que por la demanda de las partes interesadas; comprometida, porque el juez no actúa sobre temas abstractos, sino que se compromete con la solución de asuntos, de problemas, de litigios concretos (...)". Ibid. Página 652.

y se reconocen.

Como bien señala Béguin, el control o tutela jurisdiccional de la supremacía constitucional, a través de órganos especializados e independientes, se ha convertido a esta altura en una *pieza clásica del arsenal constitucional*<sup>15</sup>. De esta forma, los autores de esta monografía pueden afirmar, sin temor a equívocos, que el tema o problemática central de la Justicia Constitucional, en la historia y en la teoría, se resume a dilucidar quién y cómo se hace efectiva la *Tutela Jurisdiccional de la Supremacía Constitucional*.

Siendo *jurisdiccional* la tutela de la supremacía constitucional, entonces es el *Juez Constitucional* quien aparece como el llamado a defender la Constitución dentro del ordenamiento jurídico del cual es la cúspide. Pero retornando lo ya dicho en el sentido que defender la Constitución no tiene solamente un fin lógico o formal, que el juez constitucional sea, en un Estado de Derecho el Guardián de la Constitución significa que se erige como el guardián o defensor de los derechos fundamentales de las personas.

---

<sup>15</sup> BÉGUIN, JEAN-CLAUDE: "(...) *une pièce classique de l'arsenal constitutionnel (...)*". Citado por FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, en su artículo "*Evolución Histórica y Modelos de Control de Constitucionalidad*". En GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO Y FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. Coordinadores, "*La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*". Obra Colectiva. Editorial Dykinson S.L. Madrid 1997. Página 45. Según se verá más adelante al final del capítulo, en la actualidad, según el profesor Louis Favoreau, más de 50 países cuentan en sus constituciones con tribunales

Como colorario del antiguo derecho de rebelión, el Estado excluye cualquier forma violenta de solución y le reconoce a las personas su derecho a acceder a esta Guarda o Tutela Jurisdiccional de la Supremacía Constitucional, erigiéndose este derecho, a sí mismo, como fundamental pues es el sustento del resto de los Derechos Fundamentales, ya que sin aquél no podría hacerse exigible ninguno de éstos.

No olvidemos, en todo caso, que el desarrollo que sigue teniendo la Justicia Constitucional en cada punto del globo sigue siendo la continuación del proceso de racionalización del poder del Estado<sup>16</sup>, es más, nos atrevemos a

---

constitucionales o judicaturas constitucionales especializadas.

<sup>16</sup> Desde el punto de vista histórico, teniendo en cuenta que el Constitucionalismo Clásico marca al paso del Estado Moderno Monárquico o Absoluto a un Estado Moderno Constitucional, el fin de la modernidad durante la segunda mitad del siglo Xx, y el nacimiento de una Justicia Constitucional Jurisdiccional cada vez más fuerte y la posición cada vez más predominante que en los Estados ocupa los Derechos Fundamentales, marca el paso a otra etapa del Estado como la organización política superior existente, diferente al de "Estado Moderno", una suerte de Estado Post-Moderno que según algunas Constituciones Occidentales definen como "Estado Social y Democrático de Derecho", cuya principal característica es una mayor limitación y racionalización del ejercicio del poder en favor de los derechos de las personas.

Véase por ejemplo:

Artículo 1.1. "España se constituye en un Estado *social y democrático de derecho*, que propugne como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político", Constitución Española de 1978.

Artículo 20: "La República Federal de Alemania es un *Estado Federal, democrático y social*". Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949.

Artículo 1: "Francia es una *república indivisible, laica, democrática y social*. Asegura la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión. Respeta todas las creencias." Constitución de Francia de 1958, artículo modificado como aparece en el texto por reforma constitucional de fecha 4 de agosto de 1995.

Artículo 1: "Italia es una *república democrática* basada en el trabajo.". Constitución de la República Italiana de 1947.

Artículo 2: "Venezuela se constituye en un Estado Democrático y Social del derecho y la Justicia". Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

aseverar que en las actuales condiciones de desarrollo del tema, en particular el marcado carácter jurisdiccional de la Justicia Constitucional, permite que nos encontremos en verdad frente a un Estado de Derecho, cada vez más racionalizado en el ejercicio del poder y una Constitución cada vez más garantista de los derechos fundamentales de las personas<sup>17</sup>, pues los conflictos que en un principio eran solucionados políticamente, generalmente por el Parlamento, por el Ejecutivo, o a sangre y fuego en una guerra civil, ahora son conocidos y resueltos por órganos especializados, independientes –en lo posible– de los vaivenes políticos que puede experimentar el Gobierno de turno y por otro lado permite una eficaz protección y defensa de los Derechos Fundamentales de las personas. Precisamente "someter los conflictos políticos a mecanismos de composición jurisdiccional en una nota característica de la "racionalización del poder" en el Estado"<sup>18</sup>.

Sobre esta base de ideas descansa el estudio de la Justicia Constitucional que permite, dentro de un Estado, defender la Constitución y con ello, reforzar los cimientos del Estado de Derecho y proteger los derechos

---

Artículo 4: "Chile es una *república democrática*." Constitución Política de la República de 1980.

<sup>17</sup> Ver nuestra definición de Constitución al inicio de este Capítulo, en el punto 1.1. de este mismo Capítulo.

<sup>18</sup> GUETZEVICTCH, MIRIDNE, citado por ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO, en "*Derecho Procesal Constitucional*". Apuntes de Clases para el curso de especialización de Quinto Año de la Carrera de Derecho, Derecho Procesal Constitucional. Central de Apuntes. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago 1998. Inédito. Página 146.



humanos fundamentales.

### **1.3.- JUSTICIA Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. NOCIONES BÁSICAS.**

#### **1.3.1.- Cuestiones Generales.- El problema de la denominación y aproximaciones a su contenido.**

Bastante hemos dicho para presentar el objeto de estudio de la presente monografía, y los presupuesto teóricos y deontológico que le dieron origen y que se deben tener presente en todo su estudio, pero aún no hemos señalado cuales son las nociones teóricas básicas sobre las cuales tendremos apoyarnos para seguir el desarrollo de este trabajo.

Al respecto debemos señalar que unos de los principales problemas al cual nos enfrentamos para denominar la materia sobre la cual versa este trabajo, fue la gran cantidad de títulos obras dispares que existen en torno a ésta, cuyos autores livianamente usan los términos "Justicia Constitucional" y bien "Jurisdicción Constitucional"<sup>19</sup> para tratar el objeto de estudio, sin

---

<sup>19</sup> Al respecto revisar la siguiente bibliografía: GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO y FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. Coordinadores. *"Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica"*. Obra Colectiva. Ob. Cit. En este trabajo los coordinadores en su presentación, optan por el termino de "Jurisdicción Constitucional" por sobre el de "Justicia Constitucional", mientras que el tema tratado por la mayoría de los autores en

dicha obra esencialmente se refieren a los sistemas de control de constitucional de las leyes, y solamente tratan otros temas, como la magistratura constitucional de forma tangencial. En contrario, CAPPELLETTI, MAURO. *"Il controllo giudiziario de costituzionalita delle leggi nel diritto comparato"*. Editado por Giuffrè. Milán 1976. Traducido al Castellano por Fix Zamudio como *"La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado"*. Universidad Autónoma de México, Facultad de Derecho, México 1987. En este trabajo en cambio, el profesor italiano usa el término "Justicia Constitucional", sin embargo el tema que trata este autor es el mismo, ya que se refiere principalmente al control de constitucional de las leyes, materia que se incluye dentro del término "Jurisdicción Constitucional" del trabajo anterior. El mismo autor vuelve a usar el mismo término "Justicia Constitucional", en su ponencia *"Necesidad y legitimidad de la Justicia Constitucional"*, editado en *"Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales"*. FAVOREU, LOUIS. Coordinador. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1984. Llama la atención, eso sí, que su trabajo *"La giurisdizione costituzionale delle liberta"*, fuere traducido por el mismo Fix Zamudio como *"La Jurisdicción Constitucional de la Libertad"*, editado por la Universidad Autónoma de México, ciudad de México 1961, y se debe, en buena parte, a la importancia de este trabajo la generalización del término de *Jurisdicción* Constitucional. Digamos que este profesor italiano, en realidad, usa los términos en cuestión indistintamente como sinónimos, y no zanja de forma alguna el tema. MARQUEZ PINERO, RAFAEL. *"La Jurisdicción Constitucional"*. En *"Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix Zamudio en sus Treinta Años como Investigador de las Ciencias Jurídicas"*. Tomo III. Derecho Procesal. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad nacional Autónoma de México. Ciudad de México 1988. En este trabajo, citando a Fix Zamudio, señala que el profesor mexicano optaría por el término "Justicia Constitucional", por la marcada connotación valórica o axiológica que se encontraría detrás del control de constitucionalidad. Del ya citado GARCÍA BELAUNDE. *"Sobre la Jurisdicción Constitucional"*, en obra colectiva del mismo nombre. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima 1990. En contra de lo dicho anteriormente opta por el término "Jurisdicción Constitucional", por ser más preciso que el de Justicia Constitucional. También revisar GONZÁLEZ-DELERTO DOMINGO, NICOLÁS. *"Tribunales Constitucionales. Organización y funcionamiento"*. Editorial Tecnos. Madrid 1980. En esta obra el autor tomó como sinónimos el concepto de Justicia y Jurisdicción Constitucional. También PÉREZ TREMP. PABLO. Op. Cit. Aquí trata como sinónimos en muchas partes de su estudio a los términos en comento, sin embargo, para el análisis de ciertos temas como por ejemplo si tiene carácter jurisdiccional o político la justicia constitucional, podemos ver una separación de conceptos: funcional de "jurisdicción" y orgánica de "justicia", es decir, la primera dice relación con la función *jurisdiccional constitucional*, mientras que la segunda dice relación con las *magistraturas constitucionales*. Pero todavía más, DE JUAN MARTIN, ANGEL. *"Comentarios en tomo a la Jurisdicción Constitucional"*, trabajo editado en *"Tribunal Constitucional"*, obra colectiva, Volumen II. Editado por el Instituto de Estudios Fiscales. Madrid año 1981. Páginas 1.331-1.356. En este trabajo también se usa el término *jurisdicción* constitucional y versa esencialmente también sobre el control de constitucionalidad de las leyes, pero llama la atención la especial e íntima relación existente entre este control - como función - y el órgano que lo ejerce - el Tribunal Constitucional - de esta manera vemos un tratamiento conjunto de lo funcional con lo orgánico. LUCAS VERDU, PABLO. *"Política y Justicia Constitucionales. Consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal constitucional"*, del mismo trabajo *"Tribunal Constitucional"*. Ob. Cit. Páginas 1485-1550. Usa por su parte el término *Justicia* Constitucional, pero analizando esencialmente al Tribunal Constitucional, esto es al órgano que ejercerla la función jurisdiccional, con un marcado énfasis orgánico de la

detenerse en determinar las diferencias de uno y otro concepto –que por cierto las hay– y lo más importante, sin determinar cual es el más adecuado para definir esta materia. Este tratamiento dispar, nos llevó a definir como primera medida, cual sería el concepto más correcto y útil para usar en este trabajo, al menos apriorísticamente, denominación con la cual, en definitiva, titulamos la presente monografía.

Al respecto cabe señalar, que discusión similar la enuncian los profesores García Belaunde y Fernández Segado en la presentación de la magna “Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”<sup>20</sup> donde señalan que, sin perjuicio de la abundante literatura jurídica que usa indistintamente como sinónimos tales términos<sup>21</sup>, no hubo vacilaciones de su parte para titular dicha

---

Justicia Constitucional. En todo caso para este profesor español el tratamiento "orgánico" del tema no solamente tiene connotaciones formales o estructurales, sino también materiales y de fondo, pues la función del juez constitucional resulta esencial para un Estado de Derecho. En nuestro medio, TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL. *“Habeas Corpus. Recurso de Amparo”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1995. Siguiendo a García Belaunde y al trabajo de Cappelletti, traducido a nuestra lengua por Fix Zamudio, – que ya señalamos hace un momento – concluye que el término más correcto y mejor aplicable a nuestra realidad institucional es el de “Jurisdicción Constitucional”, pero tampoco zanja definitivamente el tema, primero pues no señala cual sería su ámbito, sino que solamente hace referencia al control de constitucionalidad de las leyes y al control de las actividades de los órganos del Estado o de particulares en el desconocimiento de los derechos fundamentales; por otro lado a pesar que la denominación que prefiere, él mismo usa para titular el primer capítulo de su trabajo, contrariamente, el de Justicia Constitucional. Los autores de esta memoria optamos en definitiva por el término Justicia Constitucional, por razones materiales, jurídicas y prácticas.

<sup>20</sup> GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO y FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. Coordinadores. *“Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”*. Obra Colectiva. Ob. Cit. Página 8.

<sup>21</sup> Incluso se cita a Kelsen para destacar que éste autor las usa como sinónimos en su obra, considerada fundacional de esta materia. Ibid. Página 8.

obra colectiva usando el término de “Jurisdicción Constitucional” y no “Justicia Constitucional” pues, al parecer de estos autores, es más inequívoca y además por que es la que tiende lentamente a imponerse en la literatura jurídica iberoamericana. Sin embargo ni los coordinadores, ni los diversos autores que participan de esta obra colectiva –que es de seguro el mayor compendio doctrinario sobre esta materia en nuestra lengua hasta el momento– no se detienen en ninguno de sus artículos y apartados a determinar por qué éste término de Jurisdicción Constitucional es más inequívoco que el de Justicia, omisión de la que pecan la gran parte de los autores estudiados.

Antes nos encontraríamos con Fix Zamudio que proponía el término “Justicia Constitucional”, por razones filosóficas, ya que dicho concepto encerraba un marcado carácter valórico “desde que la supremacía y defensa constitucional persigue la consecución de determinados valores que están sobre el ordenamiento jurídico positivo, subrayándose, de esta manera, la connotación axiológica de los instrumentos que cautelan tales valores”<sup>22</sup>. También por razones jurídicas, recordando que a partir de la noción de “Derecho Justicial” de James y Roberto Goldschmidt se extraerá la noción de Justicia Constitucional<sup>23</sup>. Luego fue el ya citado García Belaunde, quien opta por “Jurisdicción Constitucional”, “(...) por ser más técnico, más preciso y menos

---

<sup>22</sup> FIX ZAMUDIO, citado por TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL. Ob. Cit. Página 14.

<sup>23</sup> Ibid. Página 15.

sujeto a imprecisiones filosóficas, que sólo darían lugar a discusiones interminables<sup>24</sup>. En nuestro medio, el profesor Tavorari, abocándose sumariamente a esta discusión, opta por el término “Jurisdicción Constitucional”, por su mayor exactitud y por aplicarse de mejor forma a nuestra realidad institucional<sup>25</sup>.

Fuera de estas opiniones, si se revisa la mayoría de la literatura al respecto, nos encontramos que casi la totalidad de los juristas y profesores se dedican a analizar y desarrollar uno de varios temas relacionados con los distintos sistemas de control de constitucionalidad y los órganos llamados a realizarla<sup>26</sup>. Pero de igual modo, nadie se detiene a determinar, con mayor o menos grado de certeza, si la materia en estudio efectivamente se satisface o no con la utilización del término "Jurisdicción o Justicia Constitucional", y en su caso, determinar cual es el contenido de una y otra<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Ibid. Página 15. Citando a GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO. *“Sobre la Jurisdicción Constitucional”*. Ob. Cit. Página 31.

<sup>25</sup> Ibid. Página 15.

<sup>26</sup> Revisar bibliografía citada en nota número 19 de este mismo Capítulo. Ni siquiera Fix Zamudio, García Belaunde, Fernández Segado, incluso el profesor Tavorari – que según lo ya dicho optan por una u otra denominación – convencen efectivamente a los autores de esta monografía, pues no determinan cuales serían las materias y ámbitos de una y de otra noción, por ello decimos que el asunto no se encuentra lo suficientemente debatido. Incluso la definición de Fix Zamudio de Justicia Constitucional, para nuestro punto de vista, es más bien una definición de Jurisdicción Constitucional. Ver nota 38 de este mismo Capítulo.

<sup>27</sup> Ya que al parecer todos los autores, o su gran mayoría, solo se detienen en el control de constitucionalidad de las leyes y los diversos sistemas de control.

Hemos preferido llevar el debate desde otro punto de vista. Analizando más globalmente contenido de obra colectiva presentada por los profesores García Belaunde y Fernández Segado<sup>28</sup>, se puede desprender que la utilización del término “Jurisdicción Constitucional” no es del todo antojadizo, sino que tiene como fundamento que la materia expuesta en la obra citada se centra esencialmente en los *sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes* en Iberoamérica, denominando a todo aquello relacionado con este tema como *Jurisdicción Constitucional*. Igual conclusión se puede obtener al comparar los temas tratados en la mayoría de los textos sobre la materia.

En pocas palabras, como una primera aproximación, la materia en cuestión dice relación con una función pública mediante la cual se ejerce el poder del Estado, una *Función Jurisdiccional Constitucional*, que, para estos autores, se concretiza en el ya enunciado control de constitucionalidad de las leyes, lo cual no es más que recoger el concepto de mayor tradición en esta materia.

Lo que sacamos en limpio de todo esto, es que el término "Jurisdicción Constitucional" se refiere al ejercicio una de las *funciones* en torno a la cual se ejerce el poder del Estado, específicamente al ejercicio de una función

---

<sup>28</sup> Ver obra “*Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*”. Ob. Cit.

*Jurisdiccional*, con un apellido, *Constitucional*: Jurisdiccional pues tiene como objetivo y razón de ser resolver mediante un proceso, con efectos permanentes y a través de órganos independientes de los otros poderes públicos, los conflictos de intereses de relevancia jurídica, y Constitucional, pues dichos conflictos son de naturaleza constitucional, producidos por la aplicación e interpretación de la norma constitucional, en particular, con la aplicación del principio de supremacía de la constitución, los cuales podemos llamar por ahora simplemente como *conflictos constitucionales o del poder*. Dentro de esta función Jurisdiccional Constitucional, podemos encontrar como principal contenido, el control de constitucional de las leyes ya que el problema de la inconstitucionalidad de las leyes surge como el primer y más grave conflicto constitucional.

Por cierto vale la pena aclarar que los distintos autores estudiados, no se detienen a estudiar este tema simplemente pues dan por supuesto el concepto de jurisdicción constitucional y su contenido, quedándose con el más tradicional de ellos, como es el control de constitucional de las leyes, sin ir más allá. Por ahora nos permitimos separarlo del concepto de Justicia Constitucional, que a primera vista ya se ve más amplio pero al mismo tiempo más vago que el primero.

Para ir avanzando y ganando en precisión, resulta del todo interesante y

pedagógico, ver el problema desde el estudio científico de una rama específica del Derecho, cuyo objeto esencial de estudio es la Jurisdicción Constitucional, así como otras materias conexas a ésta.

En efecto, el Derecho Procesal Constitucional<sup>29</sup>, como rama del conocimiento jurídico, tiene como objeto de estudio la Jurisdicción Constitucional, y su ejercicio por determinados órganos públicos a través de determinados instrumentos jurídicos<sup>30</sup>. Puede conceptualizarse como aquella "rama del mundo jurídico que atiende a los dispositivos procesales destinados a asegurar la supremacía constitucional"<sup>31</sup>. Vale decir, esta rama de estudio excede del solo tratamiento de la Jurisdicción Constitucional para referirse también a otras materias, que sumariamente son las que siguen: el estudio del órgano que ejerce la Jurisdicción: El Juez Constitucional o la Magistratura Constitucional, y, además, el estudio de los procedimientos constitucionales. Así las cosas –haciendo paralelo con la Parte General del Derecho Procesal–

---

<sup>29</sup> Por cierto que no es tema de esta monografía tratar del Derecho Procesal Constitucional, ni analizar si es una rama independiente o no del Derecho Constitucional o del Derecho Procesal. Tampoco interesa determinar si el tema de esta monografía pertenece o no a esta la rama de estudio. Se realiza el alcance al Derecho Procesal Constitucional solamente como recurso intelectual que permite unir y armonizar los diferentes elementos del presente trabajo.

<sup>30</sup> En relación con el estudio del Derecho Procesal Constitucional recomendamos: SAGÜÉS, NESTOR PEDRO. *"Derecho Procesal Constitucional. El Recurso Extraordinario"*. Editorial Astrea. 2° Edición. Volumen 1. Buenos Aires 1989. También FIX ZAMUDIO, HÉCTOR. *"Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano"*. En *"Memorias de El Colegio Nacional"*, Tomo IX, Número 4.

<sup>31</sup> SAGÜÉS, NESTOR PEDRO. Ob. Cit. Página 4.



esta rama tendría una parte *orgánica*: el estudio de la jurisdicción constitucional (como función pública) y el juez constitucional (el órgano que la ejerce), y una parte *funcional*, los procedimientos constitucionales. Por lo tanto, la Jurisdicción Constitucional se encontraría comprendida como una de las materias del Derecho Procesal Constitucional.

Ahora bien, no olvidemos que el punto de partida de este trabajo ya planteado fue y sigue siendo el estudio del Juez Constitucional, particularmente la protección que éste realiza de los Derechos Fundamentales de las personas en el conocimiento y fallo de las cuestiones de su competencia, recordando también que estos derechos fundamentales son los que dan el soporte ético al contenido de la Constitución<sup>32</sup>. Aquí rescatamos el alcance que realiza Fix Zamudio en relación con la connotación valórica que subyace en la Defensa de la Constitución<sup>33</sup>. Si defender la Constitución significa también defender y reafirmar los Derechos Humanos, la labor del Juez Constitucional, en el ejercicio de la Jurisdicción Constitucional, tiene un carácter principalmente material o substancial, y no meramente formal, tanto es así que la misma tutela jurisdiccional de la supremacía constitucional –misión del juez constitucional– se erige a sí misma como derecho fundamental. A este respecto,

---

<sup>32</sup> Sobre la materialidad de la Constitución volveremos en el Capítulo III de esta memoria. Ver apartado 3.3.3.- de dicho Capítulo.

<sup>33</sup> Ver nota 22 de este Capítulo.

demostraremos en esta memoria que el Juez Constitucional pasa de ser un mero legislador negativo –según los dichos de Kelsen– al verdadero guardián de la Constitución. Por estas razones consideramos más ajustada el término *Justicia* Constitucional, por el cargado carácter material del tema.

Desde otro punto de vista, pero sobre relacionado los mismos elementos, si es materia esencial de la presente monografía el estudio de la Magistratura o del Órgano Público que ejerce la función jurisdiccional constitucional, tanto en Derecho Comparado y como en Chile –Corte Suprema y Tribunal Constitucional– no nos podemos quedar únicamente con la noción de Jurisdicción Constitucional. Contrario sensu, y tal como ocurre en la estructura del Derecho Procesal Constitucional y siguiendo el viejo adagio que es la "*función la que determina al órgano y no el órgano a la función*", el estudio del Juez Constitucional no puede quedar escindido de la función que ejerce, por lo que previo al estudio del juez constitucional debe ser el estudio de la función jurisdiccional constitucional. Por así decirlo estos dos temas, que coinciden con la parte orgánica del Derecho Procesal Constitucional, pero no abarca, por cierto, toda su parte funcional de los procedimientos, para nosotros resulta pertinente tratarlos como una unidad conceptual, bajo la denominación más amplia de "Justicia Constitucional".

Por último, el término *Justicia* Constitucional, siendo más lato que el de

*Jurisdicción*, nos permite tratar más materias, sin las cuales no podremos tener una visión general y completa del tema en cuestión, por lo que desde un punto de vista práctico, es más útil optar por él.

En síntesis, optamos por Justicia Constitucional, por una razón material: permite reconocer el contenido valórico o substancial de la defensa de la Constitución. Por una razón de lógica jurídica, pues se encuentra en una relación de género a especie en relación con el término Jurisdicción Constitucional, que solamente englobaría la función jurisdiccional y no el estudio del juez constitucional. Por último por una razón práctica, nos permite abarcar en una sola unidad conceptual los temas de Jurisdicción Constitucional, Juez Constitucional y otras materias conexas, sin perder un mismo hilo conductor que subyace en el término Justicia Constitucional: la Garantía o Tutela Jurisdiccional de la Supremacía Constitucional.

### 1.3.2.- Nuestro concepto de Justicia y de Jurisdicción Constitucional.

Armonizando todo lo expuesto podemos ya aventurar una definición de estos conceptos. El término "Jurisdicción Constitucional" dice relación con *la actividad estatal de índole jurisdiccional encargada de decidir en las cuestiones*

*de materia constitucional*<sup>34</sup>. Pero si tenemos en cuenta que la Constitución establece la forma en la cual debe ser ejercido el poder del Estado, y que los conflictos constitucionales por tanto, son los conflictos del poder, también podemos definirla como *la función pública que enjuicia toda la actividad del poder desde el punto de vista de la Constitución, la que tiene como función asegurar la constitucionalidad de la actividad del poder*<sup>35</sup>.

Pero ya hemos enunciado que la Jurisdicción no abarca el estudio del Juez Constitucional que es el órgano que la ejerce, aun cuando son temas inescindibles y que no pueden racionalmente tratarse por separado<sup>36</sup>, tampoco abarcaría otros temas conexos, como es el conflicto constitucional o la sentencia constitucional. Por esta razón el término "Jurisdicción" es bien determinado y limitado, por lo cual ya hemos dicho que para denominar la

---

<sup>34</sup> SAGÜÉS, NESTOR PEDRO. Ob. Cit. Página 9.

<sup>35</sup> RUBIO LLORENTE, F. *"Tendencias actuales de la Jurisdicción Constitucional en Europa"*. Mimeo. Madrid 1996.

<sup>36</sup> Tal es la relación entre la función jurisdiccional constitucional y el juez constitucional, que varios autores definen la jurisdicción constitucional no desde el punto de vista de la función - resolver conflictos constitucionales o del poder -, sino desde el prisma del órgano que la ejerce. Así SAGUES, NÉSTOR PEDRO, Ob. Cit, Página 9, y RUBIO LLORENTE, F. Ob. Cit, distinguen entre una definición **material o sustancial** de jurisdicción constitucional, que es la que se cita precedentemente, y una definición **orgánica o formal**, en virtud de la cual la jurisdicción constitucional no sería otra cosa que *la actividad que ejercen los órganos especializados y claramente señalados en la Constitución para resolver determinadas materias constitucionales, en pocas palabras, sería todo aquello que realizan los Tribunales Constitucionales*. Los autores de esta monografía por cierto adhieren a la definición sustancial o material que ya citamos, pero igualmente hacemos el alcance de esta definición orgánica o formal para los efectos de darle la importancia necesaria que tiene el juez constitucional y su carácter de especial.

materia en estudio de esta memoria, preferimos el de **"Justicia Constitucional"**.

Por cierto que debemos advertir que no entraremos al estudio de los procedimientos constitucionales, materia que pertenece más bien al Derecho Procesal Constitucional, y excede el objeto de esta memoria<sup>37</sup>.

Ahora bien, en cuanto a una definición de "Justicia Constitucional", Fix Zamudio ya entrega una:

*"(...) como un conjunto de procedimientos de carácter procesal por medio de los cuales se encomienda a determinados órganos del Estado la imposición forzosa de los mandamientos jurídicos supremos, a aquellos otros organismos de carácter público que han desbordado las limitaciones que para su actividad se establecen en la misma Carta Fundamental (...)"<sup>38</sup>.*

Pero no compartimos esta definición, por el énfasis en los

---

<sup>37</sup> El estudio de los procedimientos constitucionales, o más ampliamente, el estudio del Derecho Procesal Constitucional Funcional, resultaría del todo conveniente para tener la visión global de toda la materia. Pero consideramos que excede de este trabajo, no porque consideremos que se encuentra escindido de éste, sino por razones que esta memoria la queremos dedicar principalmente a los fundamentos de la Justicia Constitucional, además por una razón práctica de tiempo y recursos.

<sup>38</sup> FIX ZAMUDIO, HÉCTOR. Citado por TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL. Ob. Cit. Página 15.

procedimientos a través de los cuales se ejercería la jurisdicción constitucional. Creemos que este concepto del maestro mexicano sería, incluso, más cercano y aplicable al término Jurisdicción Constitucional.

Para los autores de esta memoria “Justicia Constitucional” –al menos para los efectos de este trabajo– debe ser definida sobre la base de su finalidad, el cual le da fundamento y contenido. Por ello preferimos llamar Justicia Constitucional a *toda la actividad estatal encaminada a la solución de conflictos constitucionales mediante la tutela jurisdiccional de la supremacía constitucional, ejercida por órganos independientes, dotados de jurisdicción, cuyas decisiones son vinculantes para todos los órganos, grupos y personas en un Estado y cuyo soporte ético es la reafirmación de los fundamentos del Estado de Derecho, el régimen Democrático y la defensa de los Derechos Fundamentales de las personas.*

### 1.3.3.- De las diversas materias de la Justicia Constitucional.-

Si concordamos con lo ya expuesto, en el sentido que el término Justicia Constitucional es más amplio y omnicompreensivo que el de Jurisdicción Constitucional, en una relación género especie –al menos para los efectos de esta monografía– debemos ahora determinar sumariamente las materias de estudio de aquella, que en definitiva son las materias de estudio de este trabajo.

En primer término queda claro que será objeto esencial de nuestro estudio el tema de la Jurisdicción Constitucional, entendida como función pública de carácter jurisdiccional en materia constitucional. En segundo término queda claro el estudio del órgano que ejerce la jurisdicción constitucional: El Juez Constitucional, siendo éstas dos materias los pilares sobre las cuales se desarrolla este trabajo.

Pero hay otras materias conexas y que no son tratadas por la totalidad de la literatura jurídica en este tema, en armonía y coordinación con el tema de la jurisdicción y el juez constitucional, los cuales son principalmente dos: el conflicto constitucional y la norma de referencia de la Justicia Constitucional. A nuestro parecer, ninguno se encuentra tratado separadamente y al mismo tiempo debidamente concordado con las materias principales ya señaladas. Quizás todos –o al menos la mayoría– de los autores dan por supuesto su estudio o bien los analizan conjunta pero desordenadamente dentro del estudio de la Jurisdicción Constitucional o de la magistratura constitucional, habida cuenta de la estrecha relación con éstas. Sin embargo queremos proponer en este trabajo un tratamiento diferente de estas dos materias: autónomo, por una parte, para ubicar el lugar que lógicamente ocupan con relación con las demás materias tratadas; pero, por otra parte, reconociendo la debida interrelación entre todas ellas, ya que el estudio de una no puede realizarse enteramente sin el estudio de la otra.

Si reconocemos que el punto de partida del Derecho Procesal General y de la Jurisdicción es la *solución de conflictos de intereses de relevancia jurídica*, debemos concluir que previo al estudio de la Jurisdicción Constitucional y a todo el sistema de Justicia Constitucional, es el estudio del *Conflicto Constitucional*, razón por la cual lo abordaremos como primer tema en análisis en este capítulo.

El segundo tema, es la norma de referencia de la Justicia Constitucional, que como ya lo reconocía un profesor español “el tratamiento sistemático del control de constitucionalidad debe comenzar por la descripción de la norma que es el presupuesto de cualquier operación de control: *la norma que sirve de parámetro al mismo*”<sup>39</sup>, lo dicho en relación con el control de constitucionalidad de las leyes resulta del todo aplicable para las demás materias de la Justicia Constitucional.

El punto a discutir es determinar cuál es la norma decisoria litis en materia de conflictos constitucionales, dentro de las cuales necesariamente se encuentra de Constitución Política de la República, pero además existen otras normas de referencia, dentro de las cuales cobra importancia el tema de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos firmados y ratificados por

---

<sup>39</sup> CRUZ VILLALÓN, PEDRO. “*La formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad. (1918-1939)*”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1987. Página 39. Lo destacado es nuestro.



Chile, y otras construcciones doctrinarias y jurisprudenciales en esta materia como el Bloque de la Constitucionalidad francés<sup>40</sup>.

Pero incluso habría una última materia que se debe incluir para tener una visión completa del tema, desarrollando al final del capítulo algunas ideas en torno a la sentencia constitucional, o la sentencia que resuelve el conflicto constitucional, que tiene características propias y diferentes de las sentencias comunes, especialmente con relación a la cosa juzgada.

#### **1.4.- SÍNTESIS Y PLAN DE TRABAJO.**

Todos los presupuestos anotados hemos decidido desarrollarlos en los tres próximos capítulo y uno final como conclusión.

El próximo Capítulo –segundo por el orden dado en esta memoria– será destinado a profundizar lo ya insinuado líneas atrás, en relación con el desarrollo histórico de la Tutela Jurisdiccional de la Supremacía Constitucional en la tradición anglosajona de Inglaterra y Estados Unidos, en Europa Continental y en América Latina.

---

<sup>40</sup> La aplicación de la teoría del Bloque de la Constitucionalidad en Chile la trataremos en el Capítulo IV y V de esta memoria.

El Capítulo Tercero lo dejaremos para tratar las distintas materias de la Justicia Constitucional, a modo de síntesis de los elementos que ya hemos estudiado en el capítulo segundo en la historia institucional en los diversos puntos del globo, pero ahora a la luz de la Teoría Constitucional. En este capítulo estudiaremos el conflicto constitucional; la norma de referencia del juez constitucional; el contenido de la Justicia Constitucional, en particular el control de constitucionalidad de las leyes y el control de eficacia de los derechos fundamentales; el juez constitucional y la sentencia constitucional.

En el Capítulo Cuarto nos abocaremos, luego de haber estudiado la historia y la teoría, al tratamiento de la tutela jurisdiccional de la Supremacía Constitucional en Chile desde los albores de nuestra vida independiente hasta nuestro días, finalizando con un análisis del panorama actual de la Justicia Constitucional, en particular el estudio de nuestra magistratura constitucional: La Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.

Finalizaremos este trabajo con una síntesis de las principales conclusiones a las que hemos arribado a lo largo de la memoria, en especial la connotación garantista de la Justicia Constitucional y la defensa de la Constitución, así como el soporte ético que los Derechos Humanos, el régimen democrático y el Estado de Derecho le infunden a la norma constitucional. Todo

---

ello, sin antes señalar las reformas pendientes en nuestro medio a la Corte Suprema y al Tribunal Constitucional para que nuestra Justicia Constitucional sea un real aporte a la construcción del Estado Social y Democrático de Derecho en Chile.

**BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO.-**

BARROS B, ENRIQUE. *“Lógica y Límites de los Derechos Fundamentales”*. Ponencia inaugural del Centro de los Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Publicada por el Diario el Mercurio de Santiago con fecha 8 de Diciembre de 2002. Cuerpo Artes y Letras. Página E14.

BRAVO LIRA, BERNARDINO. *“Poder y respeto a las personas en Iberoamérica. Siglos XVI a XX”* Ediciones Universitarias de Valparaíso. Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso 1989.

CAPPELLETTI, MAURO. *“Il controllo giudiziario de costituzionalità delle leggi nel diritto comparato”*. Editado por Giuffrè. Milán 1976. Traducido al Castellano por Fix Zamudio como *“La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado”*. Universidad Nacional Autónoma de México. Facultad de Derecho, Ciudad de México 1987.

*“La giurisdizione costituzionale delle libertà”*. Traducido al castellano por Fix Zamudio como *“La Jurisdicción Constitucional de la Libertad”*, editado por la Universidad Nacional Autónoma de México. Facultad de Derecho. Ciudad de México 1961.

*“Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional”*. En FAVOREU, LOUIS, coordinador, *“Tribunales Constitucionales Europeas y Derechos Fundamentales”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1984.

CRUZ VILLALÓN, PEDRO. *“La Formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1987.

DE JUAN MARTIN, ANGEL. *“Comentarios en tomo a la Jurisdicción Constitucional”*. Trabajo editado en *“Tribunal Constitucional”*, obra colectiva. Volumen II. Editado por el Instituto de Estudios Fiscales. Madrid año 1981.

ECO, HUMBERTO y DE MARTÍN, CARLO MARÍA. *“¿En qué creen los que no creen?. Un diálogo sobre la ética en el fin del milenio”*. Editorial Planeta. 17ª Edición Argentina. Buenos Aires Junio de 1999.

FIX ZAMUDIO, HÉCTOR. *“Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano”*. En *“Memorias de El Colegio Nacional”*, Tomo IX, Número 4.

FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *“Evolución Histórica y Modelos de Control de Constitucionalidad”*. En GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO Y FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. Coordinadores, *“La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”*. Obra Colectiva. Editorial Dykínson S.L. Madrid 1997.

GARCÍA BELAUNDE. *“Sobre la Jurisdicción Constitucional”*, en obra colectiva del mismo nombre. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima 1990.

GONZÁLEZ-DELERTO DOMINGO, NICOLÁS. *“Tribunales Constitucionales. Organización y funcionamiento”*. Editorial Tecnos. Madrid 1980.

LINARES QUINTANA, SEGUNDO. *“Derecho Constitucional e Instituciones Políticas”*.

Editorial Plus Ultra. Buenos Aires 1981.

LUCAS VERDU, PABLO. *“Política y Justicia Constitucionales. Consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal constitucional”*. Trabajo editado en *“Tribunal Constitucional”*, obra colectiva. Volumen II. Editado por el Instituto de Estudios Fiscales. Madrid año 1981.

MARQUEZ PINERO, RAFAEL. *“La Jurisdicción Constitucional”*. En *“Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix Zamudio en sus Treinta Años como Investigador de las Ciencias Jurídicas”*. Tomo III. Derecho Procesal. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad nacional Autónoma de México. Ciudad de México 1988.

PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS. *“¿Por qué necesitamos a Kant?”*. Revista de Estudios Públicos, N° 69. Santiago, Verano de 1998.

PEREIRA MENAUT, ANTONIO-CARLOS. *“Teoría Constitucional”*. Editorial Jurídica Conosur. Primera Edición para Chile. Santiago Año 1998.

PÉREZ TREMP, PABLO. *“Tribunal Constitucional y Poder Judicial”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1985.

RUBIO LLORENTE, F. *“Tendencias actuales de la Jurisdicción Constitucional en Europa”*. Mimeo. Madrid 1996.

SAGÜÉS, NESTOR PEDRO. *“Derecho Procesal Constitucional. El Recurso Extraordinario”*. Editorial Astrea. 2° Edición. Volumen 1. Buenos Aires 1989.

TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL. *“Habeas Corpus. Recurso de Amparo”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1995.

VERDUGO MARINCOVIC MARIO y GARCÍA BARZELATTO, ANA MARIA. *“Manual de Derecho Político. Instituciones Políticas”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1994. Tomo I.

ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO, *“Derecho Procesal Constitucional”*. Apuntes de Clases para el curso de especialización de Quinto Año de la Carrera de Derecho, Derecho Procesal Constitucional. Central de Apuntes. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago 1998. Inédito.

## **CAPÍTULO SEGUNDO.**

### **2.- DESARROLLO HISTÓRICO DE LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.**

## **CONTENIDO:**

*2.1. Esquema de trabajo. 2.2. Antecedentes Ingleses y Norteamericanos: De Lord Coke al modelo americano que sorprende a Tocqueville. 2.2.1.- Antecedentes Generales. 2.2.2.- Germen de la Supremacía Constitucional en el Common Law inglés. La voz apagada de Lord Edward Coke por la Gloriosa Revolución. 2.2.3.- Origen de la Supremacía Constitucional en el Judicial Review norteamericano. La voz enérgica de John Marshall. 2.2.3.1.- Antecedentes en la época colonial y en la independencia de las colonias inglesas de Norteamérica hasta 1803. 2.2.3.2.- La obra del Juez John Marshall: el judicial review a partir del caso Marbury v/s Madison. 2.2.4.- Desarrollo actual de la Supremacía de la Constitución en la tradición anglosajona. 2.2.4.1.- Caso Británico: de la Soberanía del Parlamento a una Supremacía de la Constitución histórica, material y escrita. 2.2.4.2.- Caso norteamericano: la evolución y expansión del judicial review. 2.3. Panorama Europeo: De la supremacía de la Ley a la supremacía de la Constitución. 2.3.1.- Antecedentes Generales. 2.3.2.- la guarda política de la constitución. El modelo francés de control político. 2.3.3. El ocaso del Parlamento y el rescate de la Constitución. La voz olvidada del abate Siëyes encuentra eco en Kelsen y su Tribunal Constitucional de 1920.- 2.3.3.1.- Generalidades. 2.3.3.2.- Antecedentes del sistema europeo jurisdiccional de Supremacía Constitucional: De la Revolución a Kelsen. 2.3.3.2.1.- Mantenimiento de la guarda política de control de constitucionalidad:*

*Crecimiento del Jefe de Estado y abstención de los jueces ordinarios. 2.3.3.2.2.- Aporte del Federalismo, como forma de Estado, al establecimiento de un sistema de control de constitucionalidad en Europa. 2.3.3.2.3.- El caso suizo. El control concentrado, autónomo y de efectos generales de la Reforma Constitucional de 1876. 2.3.3.2.4.- La Alemania de Weimar. 2.3.3.3.- Tribunal Constitucional Austriaco de 1920 y el modelo kelseniano de control constitucional. 2.3.3.4.- Desarrollo y expansión del modelo europeo de control. 2.3.3.4.1.- Influencia y expansión del sistema de Kelsen. 2.3.3.4.2.- Evolución ulterior de la guarda política francesa y la creación del Conseil Constitutionnel. 2.3.3.4.2.1.- Generalidades del Consejo Constitucional Francés. 2.3.3.4.2.2.- El Bloque de la Constitucionalidad: el aporte de la Jurisprudencia del Consejo Constitucional francés a la protección de los Derechos Fundamentales. a).- Concepto. b).- Contenido del Bloque de la Constitucionalidad. 2.3.3.5.- Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Europa y la creación de un sistema comunitario de protección. 2.3.4.- Notas para un Modelo Europeo de Justicia Constitucional: El Juez Constitucional Único.- 2.4.- Desarrollo histórico de la Tutela Jurisdiccional de La Supremacía Constitucional en América Latina.- Corte Suprema y Tribunal Constitucional en América Latina.- 2.4.1.- Antecedentes Generales. 2.4.2.- México. 2.4.3.- Venezuela. 2.4.4.- Bolivia. 2.4.5.- Perú. 2.4.6.- Ecuador. 2.4.7.- Uruguay. 2.4.8.- Brasil. 2.4.9.- Argentina. 2.4.10.- Algunas consideraciones sobre el Control de Constitucionalidad en América Latina. 2.5.- Recuento y Síntesis del Capítulo.-*



***“Todos los comienzos son difíciles”.***

**Marx.**

## **2.1.- ESQUEMA DE TRABAJO.-**

Tres son los grandes temas que guiarán este capítulo, desarrollados a ambos lados del Atlántico durante varios siglos:

En primer lugar está la Supremacía de la Constitución como manifestación del principio de legalidad, entendido éste, por una parte, como la primacía de la Constitución con relación a las leyes del Parlamento o Cuerpo Legislativo y los otros actos del Estado y, enseguida, como la supremacía de la Ley como acto del Parlamento y manifestación de la voluntad general, con relación a todos los demás actos del Estado y en especial de la Administración.

En segundo término, la guarda política y luego jurisdiccional de la Supremacía Constitucional en el desarrollo del constitucionalismo inglés y norteamericano, para dar luego un recorrido por Europa continental y el surgimiento de un modelo europeo de Justicia Constitucional en el siglo XX. Finalmente el desarrollo de la tutela de la supremacía constitucional en Latinoamérica, con la sola excepción de Chile, por su tratamiento separado en el Capítulo IV.

En tercer lugar, el desarrollo del Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional de la Supremacía Constitucional como manifestación y contrapartida del Derecho de Rebelión de los súbditos contra la autoridadalzada.

Para estos efectos hemos agrupado los grandes hitos de esta evolución en tres partes y una síntesis: El “*common law*” y los antecedentes ingleses de la Supremacía Constitucional en el surgimiento del modelo americano de control de constitucionalidad o “*judicial review*”. Las raíces europeas de control político de constitucionalidad en la formación del modelo europeo de justicia constitucional inaugurado por *Hans Kelsen* en 1920 y su expansión hasta nuestros días. Por último, el panorama histórico institucional iberoamericano de la tutela de la supremacía constitucional.

Es menester considerar, en último término y antes de abocarnos al estudio de este Capítulo, a objeto de comprender su verdadera evolución, que el objeto de la justicia constitucional –esto es, su contenido material– está dado en primer término, *por el control de constitucionalidad de las leyes* emanadas del Parlamento u órgano legislativo, siendo éste su campo originario de aplicación hasta mediados del siglo XX. Hoy día, en cambio, el salto cualitativo de la justicia constitucional, está dado *por la tutela y protección de los derechos humanos fundamentales*. De ahí, que gran parte del desarrollo y evolución histórica de la justicia constitucional que analizaremos a continuación, está referido al control de constitucionalidad de las leyes y, accesoriamente, a la tutela de los derechos fundamentales.

No obstante y según se verá en el desarrollo de este capítulo, los órganos titulares de la justicia constitucional, sean tribunales ordinarios o judicaturas constitucionales especializadas, han dejado de ser meros gendarmes de la constitucionalidad de la Ley, para convertirse, paso a paso, en guardianes de los derechos humanos fundamentales.

## 2.2.- ANTECEDENTES INGLESES Y NORTEAMERICANOS.

**De Lord Coke al modelo americano que sorprende a Tocqueville.**

### 2.2.1.- ANTECEDENTES GENERALES.

Cuando Alexander Hamilton, dirigiéndose al pueblo del Estado de Nueva York, a través de la edición de *McLean* de mayo 1788, –cuyos trabajos junto a *James Madison* y *John Jay* dieron lugar a una de las obras más importantes del constitucionalismo norteamericano, “*El Federalista*”, escrito entre 1787 y 1788– procede a examinar el departamento judicial del nuevo gobierno propuesto en la Constitución de Filadelfia de 1787 señala que éste es:

*“(...) Sin comparación, el más débil de los tres departamentos del poder; que nunca podrá atacar con éxito a ninguno de los otros dos (...) el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes (...)”<sup>41</sup>.*

---

<sup>41</sup> Vale la pena reproducir completamente el párrafo: “(...) Quien considere con atención los distintos departamentos del poder, percibirá que en un gobierno en que se encuentre separados, el judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes. El Ejecutivo no sólo dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar de la comunidad. El Legislativo no sólo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y

Pero fue precisamente el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, *el judicial*, el mejor guardián de tales derechos políticos, cuyas potestades de revisión judicial de los actos de gobierno<sup>42</sup>, llegaron a decir al Presidente Jefferson, que por su intermedio se imponía en su país, la tiranía de los jueces o *“judiciocracia”*, al convertirse en los hechos las cortes y en especial, la Suprema Corte, en una tercera cámara de legislación, que se permitía invalidar los actos de los demás órganos del Estado.

Esto es reafirmado, cuando varios años más tarde, un francés llegado a Norteamérica para estudiar en ese país su sistema penitenciario, llamado *Alexis de Tocqueville*, escribe su célebre obra *“La Democracia en América”*, quizás el mejor estudio sobre el sistema político de los Estados Unidos de Norteamérica durante el siglo XIX, quien se ve sorprendido, por el enorme *poder político* de los jueces, quienes a pesar de poseer las mismas características al resto de las democracias con relación a sus nombramientos, fueros, permanencias y función realizada aumentaban su potestad, legítimamente, según ha destacado este

---

*deberes de todos los ciudadanos. El judicial, en cambio, no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee FUERZA ni VOLUNTAD, sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos (...)*. HAMILTON, ALEXANDER. *“El Federalista”*, Capítulo LXXVIII. Editado por el Fondo de Cultura Económica. Ciudad de México 1974. Páginas 331-332.

<sup>42</sup> Hemos entendido por Gobierno, *el conjunto de órganos y funciones públicas, destinada a la realización de los cometidos estatales y no únicamente al Poder Ejecutivo*. Ver CEA, JOSÉ LUIS. *“Teoría del Gobierno”*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago año 2000.

punto el profesor José Luis Cea Egaña<sup>43</sup>, **“fundamentando las sentencias primero en la Constitución y después en las leyes”**, a pesar que desde 1803 a la fecha de su obra y con posterioridad a la Guerra de Secesión, ese poder político, se encontraba sin duda debilitado producto del desprestigio que sobre éste recaía de manos de los demás órganos del Estado y, principalmente, del Poder Ejecutivo.

Pero de dónde surge esa fuerza política, aparentemente original e inusitada, de las cortes de justicia de los nacientes estados americanos, si como heredera de la cultura jurídica inglesa, la Gloriosa Revolución de 1688, impuso hasta hoy, la primacía del Parlamento sobre los jueces y los demás órganos del Estado y la inexistencia de una constitución escrita y, por tanto, de un sistema de justicia constitucional, había acallado la voz firme del juez *Edward Coke*. Sin lugar a dudas, según se expondrá, teniendo los mismo fundamentos, las consecuencias de la Gloriosa Revolución, son distintas a uno u otro lado del Océano Atlántico.

---

<sup>43</sup> CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. “Fortalecimiento constitucional de nuestra independencia judicial”. Conferencia pronunciada por su autor en la XXVIII Convención Nacional de Magistrados del Poder Judicial. Publicado por revista Fallos del Mes, Número 479. Documento N° 18. Año XL, diciembre de 2000.

### 2.2.2.- GERMEN DE LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL *COMMON LAW* INGLÉS: La voz de Lord Edward Coke apagada por la Gloriosa Revolución.

Existe coincidencia entre los autores<sup>44</sup>, que los orígenes del principio de Supremacía Constitucional está ligado al derecho común inglés o *common law*, y a la idea de una Constitución –en el caso británico histórica y material– como una ***Lex legum, lex aeterna y lex inmutabile***, que arranca de la naturaleza humana y de la razón, y a la cual se encuentran sometidos todos sus habitantes, desde el más humilde de los siervos hasta Su Majestad el Rey<sup>45</sup>.

Particularmente ilustrativo resulta lo señalado por el profesor español Antonio-Carlos Pereira Menaut<sup>46</sup>, para quien los principales presupuestos y antecedentes sobre el origen de la Constitución, y por tanto, de su supremacía, son los que siguen:

---

<sup>44</sup> Un profesor español ha señalado que “(...) la fase medieval de la historia inglesa es como la prehistoria constitucional del mundo. Muchas de nuestras actuales instituciones constitucionales tuvieron su origen allí y allí se desarrollaron sin la interrupción absolutista del continente antes de ser exportada a otros países (...)”. PEREIRA MENAUT, ANTONIO-CARLOS. “*La Constitución Británica, es Histórica o es Historia*”. Revista Chilena del Derecho. Volumen 17. Pág. 449.

<sup>45</sup> “***Sub Deo et sub lege***”, escribió el jurista BRACHTON, sobre la subordinación del monarca al *Common Law*. Ibid. Página 449.

<sup>46</sup> Ver PEREIRA MENAUT, ANTONIO-CARLOS. “*Teoría Constitucional*”. Ob. Cit. Páginas 46-50.

- 1°.- Una tradición jurídica típicamente occidental, cuyos aspectos se explican en la creencia de un universo dominado por el Derecho, el carácter trascendente de la justicia, así como el carácter limitado del gobierno que está por debajo del Derecho.
- 2°.- Un presupuesto ético generado sobre la base de un puritanismo que producía buenos ciudadanos, educados en la dura ética del *self-control* y dotados de muchas virtudes cívicas.
- 3°.- un presupuesto político, basado en un individualismo activo, de desconfianza hacia el poder, concebido, por definición, como cosa limitada, así como la dicotomía esencial de Estado y Sociedad y, un último presupuesto que llama el “acuerdo sobre lo fundamental”, relativas al orden del mundo, la naturaleza humana, así como los aspectos esenciales de la ética con su clasificación de lo bueno y lo malo, propias a esa época de la doctrina cristiana y sus ideas sobre la libertad, dignidad e igualdad de la persona humana, recogida más tarde, entre otros, por *Inmanuel Kant* y su imperativo Categórico.

Así lo creían, sin lugar a dudas, **Jonh Locke** y **Edward Coke**, este último Presidente de la Corte de Litigios Comunes y Procurador General, destituido años mas tarde por el Rey Jaime, monarca absoluto de la era de los



Estuardos<sup>47</sup>, al afirmar la supremacía tradicional del *commom law* sobre el Parlamento y erigir a los jueces como árbitros entre el Rey y la nación, lo que dejó plasmado en el caso **Bonhanm**<sup>48</sup> en el año 1610, al afirmar que:

*“(...) Aparece en nuestros libros que en muchos casos, el commom law controla los actos del Parlamento y a veces los juzga totalmente nulos; pues, cuando un acto del Parlamento va en contra del sentido común y la razón, o es incompatible o imposible de aplicar, el commom law lo controlará y juzgará como nulo (...).”*<sup>49 50</sup>

<sup>47</sup> “El *commom law* protege al Rey –dijo Coke –, palabras traidoras –manifestó Jaime–, el Rey protege la ley y no la ley al Rey. El Rey hace jueces y obispos. Si los jueces interpretan las leyes y no sufren nada más que interpretarlas, ellos pueden hacerlas fácilmente”, sobre el origen de la destitución de Coke.

<sup>48</sup> Thomas Bonham, médico de la ciudad de Londres, fue examinado y declarado incompetente para el ejercicio de la medicina, por la “Royall College of Physicians”, prohibiéndose el ejercicio de la misma. El doctor Bonham, graduado en la Universidad de Cambridge, no cumplió con la prohibición, siendo posteriormente arrestado y privado de libertad, en aplicación de una Carta de Enrique VII que luego se convirtió en ley. El doctor Bonham recurrió entonces en contra del Royall College ante la Corte que presidía Coke, el cual por medio de una sentencia del año 1610, declaró que la jurisdicción de la Royal College no abarcada el caso en cuestión y que si una ley le había atribuido tal competencia, dicha ley debía ser considerada nula e inaplicable.

<sup>49</sup> Citado por BREWER-CARIAS, ALLAN RANDOLPH. “Control de Constitucionalidad, La Justicia Constitucional”. Publicado en GARCÍA DE ENTIERRA, EDUARDO y CLAVELO ARÉVALO, MANUEL. Coordinadores. “El Derecho Público de Finales de Siglo”. Obra Colectiva. Editorial Civitas S.A. Madrid, España, 1997. Página 523.

<sup>50</sup> Para Coke, el origen del common law, estaba sin lugar a dudas, en la Carta Magna de 1215, llamada así no por su tamaño e extensión, sino por la grandeza de su contenido, por ser la fuente de todas las normas del reino. Nacida no como una ley sino como un pacto entre el Rey Juan Sin Tierra, y los barones feudales o *liberi hominis*, y escrita según se lee, “en la pradera llamada Runnymede, entre Windsor y Staines, en el decimoquinto día de junio, en el decimoséptimo año de nuestro reinado”, esta contiene un conjunto de reglas casuísticas, propias del derecho privado y muy alejadas de la idea de Constitución actual, referidas al reconocimiento de derechos y libertades de la Iglesia, inmunidad de los clérigos, derecho de familia, en especial, tutela y sucesiones, deudas y obligaciones diversas, situación económica de las viudas, variados aspectos de derecho

Dicha sentencia es considerada generalmente como el germen del sistema de revisión judicial de las colonias americanas o "*judicial review*", lo que si bien puede considerarse efectivo, cabe precisar al menos que lo pretendido por *Coke* era dejar establecida la primacía del common law sobre la voluntad regia y a partir de ello sobre el Parlamento, órgano que actuaba a esa época como expresión de la voluntad del Rey, por lo que los efectos de dicho fallo derivaba necesariamente en la pugna y división entre el Rey y Parlamento, o en último término en proclamar la voluntad del Parlamento frente a la del Monarca<sup>51</sup>.

Esta misma idea se encuentra recogida en el año 1614 por el Juez *Hobart*, que sin hacer referencia al precedente *Bonham*, establece, en el caso ***Day vs Savadage***, que incluso *un acto del Parlamento dictado contra la equidad natural es en sí mismo nulo*, como aquel en que se hace a un hombre juez en su propia causa, idea que con un matiz distinto vuelve a reiterarse en el

---

tributario, usos de comercio, pesas y medidas, reglas de derecho procesal y otras relacionadas con la mal llamada administración de justicia, donde destaca el celebrado Artículo 39 y su estatuto de inviolabilidad personal y debido proceso legal; y en general, derechos, libertades, inmunidades y facultades del más diverso contenido.

<sup>51</sup> Por esta razón un pensador sentenció: "(...) es obvio que *Coke* luchaba por aclarar el concepto de una ley o constitución básica, pero se perdía, una y otra vez, en conceptos medievales, que, por entonces, estaban muy vivos en el derecho inglés (...)". C.J. FRIEDRICH. "*La filosofía del Derecho*". Traducido al castellano por M. Alvarez Franco. Fondo de Cultura Económica. Ciudad de México 1964. Página 126. Citado por PÉREZ TREMP, PABLO. Ob. Cit. Página 19.

año 1701, por el juez *Holt* en el caso *City of London vs Wood*, fallo que comenta el precedente del juez *Coke*<sup>52</sup>.

Pero Inglaterra admitía solamente el principio de que las leyes provenientes del Parlamento no podían estar subordinadas a ningún otra norma, o lo que es lo mismo, que eran los actos de la autoridad ejecutiva, los que tenían que estar sujetos a las normas emanadas de los cuerpos legislativos. Así las cosas, la supremacía de la Ley era la Supremacía del Parlamento, institución creada durante la Edad Media, al principio con funciones más judiciales y deliberantes que legislativas, y constituido consuetudinariamente como verdadero representante de la Soberanía del pueblo, por lo que el control propuesto por el juez *Coke*, aun cuando formalmente se mantuvo algunos años, no sería en definitiva acogido.

Esta concepción de la soberanía parlamentaria, según la cual “un acto del Parlamento no puede estar equivocado”, germen de la doctrina rousouniana de la infalibilidad del Parlamento y de la concepción de la ley como expresión de la voluntad general, se afianza en Inglaterra producto de la lucha contra los abusos de la prerrogativa regia en contra de Jacobo I, proceso que terminó en la llamada Gloriosa Revolución de 1688, cuya manifestación es el ***Bill of Rights***

---

<sup>52</sup> BREWER-CARIAS, ALLAN RANDOLPH. “Control de Constitucionalidad. La Justicia Constitucional”. Ob. Cit. Página 523.

de ese año, el cual supone el triunfo definitivo de las ideas liberales y la monarquía parlamentaria, con la declaración de *Guillermo y María de Orange* como reyes de Inglaterra, Irlanda, Francia y demás territorios de la Corona y el establecimiento de la separación de poderes planteada por *Locke*. Particularmente sintomático resulta el hecho de que dicho autor en su Ensayo sobre el Gobierno Civil de 1690, no mencione al Poder Judicial entre los órganos de jerarquía constitucional, como tampoco lo harán más tarde sus seguidores del otro lado del Canal de La Mancha.

Como reflexiona un pensador inglés:

*“(...) El precio del triunfo sobre el absolutismo para los juristas tradicionales fue abandonar toda idea de controlar al Parlamento, que desde finales del siglo XVII se convirtió en “omnipotente” (...)”<sup>53</sup>.*

Así y hasta nuestros días, se desarrolla y consolida un sistema de responsabilidad del Ejecutivo ante el Parlamento, a través de una Monarquía Constitucional, sometida al Parlamento y a los jueces de la *House of Lords*, conduciendo al sometimiento general del ordenamiento constitucional al poder legislativo.

---

<sup>53</sup> E.C.S. WADE. Introducción de la obra de A.V. DICEY. *“An introduction to the study of de law de contitution”*. MacMillan. Londres 1982. página XL. Citado por PÉREZ TREMP. PABLO. Ob. Cit. Página 21.

Sin perjuicio que la voz de Coke fue apagada, debemos rescatar su importancia histórica para nuestro estudio por dos aspectos: en primer término su doctrina fue una contribución a la lucha contra el absolutismo de los Estuardo, y con ello la demostración que la idea que subyace en esta materia es, definitiva, controlar o limitar el abuso del poder de quienes se encuentran investido para ejercerlo en favor de los gobernados o destinatarios de aquél. En segundo lugar, por su trascendencia al otro lado del Atlántico en el *judicial review* norteamericano y el origen definitivo del principio de Supremacía Constitucional<sup>54</sup>.

### **2.2.3.- ORIGEN DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN EL *JUDICIAL REVIEW* NORTEAMERICANO: La voz enérgica de John Marshall.**

2.2.3.1.- Antecedentes en la época colonial y en la independencia de las colonias inglesas de Norteamérica hasta 1803.

Hemos dicho más arriba que los efectos de la Gloriosa Revolución de 1688, fueron distintos en uno y otro lado del Océano Atlántico. Como ha señalado asertivamente el profesor Mauro Cappelletti, las colonias americanas:

---

<sup>54</sup> Ibid. Página 22.

*“(...) Habían heredado las ideas de Coke con respecto tanto a la subordinación de la Corona y del Parlamento a la ley suprema, como a un Poder Judicial acostumbrado a interpretar y, a veces, a ignorar los actos legislativos que violaran principios superiores (...) Paradójicamente, la Gloriosa Revolución no sólo no obstaculizó sino que estimuló el desarrollo de la nueva doctrina de control judicial (...)”<sup>55</sup>.*

Buscando las causas de este efecto opuesto al logrado en Inglaterra producto de la Revolución de 1688, y como señala el profesor Fernández Segado<sup>56</sup>, así como en Europa el Parlamento era el supremo motor de la soberanía nacional y expresión de la voluntad popular que se había levantado contra la tiranía del Monarca, el cual era asistido por jueces funcionarios de su exclusiva confianza y séquito, en las colonias americanas, era ese mismo Parlamento el gran opresor de las libertades, mácula que también caía sobre el Rey y su gobierno, correspondiendo a los jueces instalados en dicho territorio el

---

<sup>55</sup> Citado por BREWER-CARIAS, ALLAN RANDOLPH. *“Control de Constitucionalidad. La Justicia Constitucional”*. Ob. Cit. Página 254. Más adelante se lee del mismo autor lo siguiente: *“(...) El principio de la supremacía parlamentaria – y por lo tanto, de la supremacía del derecho positivo –, introducida en Inglaterra después de la Gloriosa Revolución de 1688, produjo en América resultados bien diferentes de aquellos que tuvo en Inglaterra. En Inglaterra el resultado consistió en despojar a los jueces de cualquier facultad de control sobre la validez de la legislación, a pesar de los primeros éxitos de la doctrina de Lord Coke. En América, por el contrario, el resultado fue facultar a los jueces coloniales para desconocer la legislación local que no estuviera en conformidad con la ley inglesa. Quedó pues dilucidada la aparente paradoja: cómo el principio inglés de supremacía no controlada de la legislatura, coadyuvó en América a la formación de un sistema opuesto, en vez de impedirlo (...)”*.

<sup>56</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *“Evolución Histórica y Modelos de Control de Constitucionalidad”*. En *“Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”*. Ob. Cit. Página 46.

rol de guardián de la libertad conquistada en una tierra inhóspita y lejos de la metrópoli.

Sin lugar a dudas el origen del “*judicial review*” en Norteamérica se encuentra en la etapa colonial, pues es sabido y conocido que los tribunales coloniales apelaban con frecuencia ante sus superiores ingleses frente a determinadas leyes de las Asambleas coloniales que se encontraban en pugna con las leyes inglesas, situación que se mantuvo con posterioridad a la declaración de Independencia de 4 de julio de 1776 y hasta la Convención Constituyente de Filadelfia de 1787.

Tal es la importancia del tema de la revisión judicial, que deber decirse sin lugar a dudas que ello no escapó en la discusión del texto constituyente aprobado en Filadelfia, a pesar de que finalmente no se consignara en su normativa. Tanto es así, que de la historia de dicho proceso constituyente, existe constancia en los debates que el tema fue ampliamente discutido, pues, como señala *Mason y Beaney*:

“(…) Los padres fundadores de la Constitución Americana hicieron de éste “**la suprema ley de la tierra**” pero ellos dejaron abierta la cuestión de determinar quién iba a sostener dicha supremacía (...)”<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> Mason y Beaney, “*American Constitutional Law*”. Página 18.

Los historiadores norteamericanos han realizado numerosas investigaciones tratando de demostrar el apoyo o rechazo de los representantes al control de la constitucionalidad que imbuía a federalista y republicanos. Se sabe, por ejemplo, que fue rechazada en tres ocasiones la idea planteada por *Madison y Hamilton*, entre otros, de establecer un órgano llamado Consejo de Revisión, compuesto por miembros del Poder Ejecutivo y del Judicial, con derecho a veto sobre la legislación emanada del Congreso, estableciéndose el derecho a veto puramente ejecutivo. También fue rechazada la idea de que todos los proyectos fueran a revisión tanto del Presidente como de la Corte Suprema.

Pero el mismo *John Marshall*, de quien hablaremos más adelante, abogaba por la idea de que el porvenir de la Constitución y del nuevo gobierno de la Unión Americana *era inseparable de un control judicial de las leyes federales*, siendo concebido, según, Burdeau, no como un instrumento de libertad, “sino como una manera de hacer triunfar esta concepción política: por la centralización se quería sellar la unidad del país”<sup>58</sup>.

Esta opinión se refuerza sin lugar a dudas con el establecimiento de la **“Cláusula de Supremacía”**<sup>59</sup>, principio en virtud del cual, la Constitución es la

---

<sup>58</sup> BURDEAU, GEORGE. *“Traité de Science Politique”*. Página 21.

<sup>59</sup> Artículo VI, parágrafo 2° de la Constitución de 1787 de los Estados Unidos de



ley suprema del Estado, que deben aplicar los jueces a pesar de cualquier disposición contraria en las Constituciones y leyes de los estados miembros. Nada se dice, sin embargo, sobre el control de constitucionalidad de las leyes federales. Ello con la salvedad de que el artículo III de la Constitución de 1787, que ha sido comúnmente destacado por reafirmar el principio de unidad de jurisdicción, posee a nuestro juicio, un alcance ilimitado, al señalar que:

*“(...) El poder judicial **se extenderá a todos los casos, de Derecho y Equidad, que se planteen bajo esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos, y los tratados... (...)**”*

Pero la gran duda continúa siendo hasta nuestros días, si ese poder de la Corte Suprema de declarar la inconstitucionalidad de las leyes tanto federales como estatales, estaba en la mente de los padres de la Constitución, doctrina que encontraba latente en el clima jurídico y que fueron preparando el camino hacia el afianzamiento de la revisión judicial en el siglo diecinueve. Del mismo *Hamilton* puede desprenderse esta disputa, quien señala que ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido, pues la Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces, lo que

---

Norteamérica: *“(...) Esta Constitución y las Leyes de los Estados Unidos que se sancionen conforme a ella, y todos los Tratados firmados o por firmar bajo la autoridad de los Estados Unidos, conformarán la Ley Suprema de la Nación, y los Jueces de cada Estado estarán subordinados a ella, independiente de cualquier disposición contraria de la Constitución o de las Leyes de cualquier Estado (...)*”

lleva a concluir que habiendo discrepancias entre la ley y la Constitución, debe preferirse a ésta en vez de la primera, pues posee fuerza obligatoria y validez superiores<sup>60</sup>.

Así las cosas, y con anterioridad al caso “*Marbury vs Madison*”, es posible encontrar la aplicación de dicha doctrina en numerosos fallos entre los años 1787 hasta 1803, y con posterioridad a dicha fecha, en virtud de los cuales, las cortes estatales declararon la nulidad de leyes locales contrarias a

---

<sup>60</sup> Vale la pena reproducir a Hamilton en dichos párrafos: “(...) El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento que son contrarios a la Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina sostiene implicaría la superioridad del poder judicial frente al legislativo. Se argumenta que la autoridad que puede declarar nulos los actos de la otra necesariamente será superior a aquella de quien proceden los actos nulificados. Como esta doctrina es de importancia en la totalidad de las constituciones americanas, no estará de más discutir brevemente las bases en que descansa.

No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido.

Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que se amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben.

Si se dijere que el cuerpo legislativo por sí solo es constitucionalmente el juez de sus propios derechos y que la interpretación que de ellos se haga es decisiva para los otros departamentos, es lícito responder que no puede ser ésta la presunción natural en los casos en que no se colija de disposiciones especiales de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de los electores. *Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concedidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, como la finalidad, entre otras, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad.* La interpretación de la ley es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. **Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así deber ser considerada por los jueces.** A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si así ocurriere que entre la dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios (...). (Lo descrito es nuestro). HAMILTON. Ob. Cit. Pág. 332.

los principios de la Constitución, conforme a la competencia atribuida a las Cortes por la primera Ley Judicial de 1789. Así por ejemplo, la Suprema Corte del Estado de Carolina del Norte en 1787, anuló una ley que establecía la privación de la propiedad sin juicio por jurado, hecho que también ocurrió en otros estados como New York, Maryland, Virginia, Carolina del Sur, Pennsylvania, New Jersey, Kentucky<sup>61</sup>.

De estos dieciséis años, conviene destacar el caso “***Vanhorne’s Lessee vs Dorrance***”, de 1795, en que el juez *William Paterson* declaró nula por inconstitucional una Ley de Pennsylvania. En sus instrucciones al Jurado compara magistralmente los sistemas de Inglaterra y Estados Unidos, definiendo a la Constitución como la obra o voluntad del pueblo, soberana e ilimitada y a la Ley como su criatura, derivada y subordinada;

*“(...) En pocas palabras, señores, la Constitución es la cúspide del sistema político, alrededor de la cual se mueven los cuerpos legislativo, ejecutivo y judicial. Cualquiera que sea la situación en otros países, en éste no cabe la menor duda de que cualquier acto legislativo incompatible con la Constitución, resulta absolutamente nulo (...)”<sup>62</sup>.*

---

<sup>61</sup> Citado por MASON y BEANEY. Ob. Cit. Pág. 18.

<sup>62</sup> Citado por BREWER CARIAS, ALLAN RANDOLP. “Control de Constitucionalidad. La Justicia Constitucional”. Ob. Cit. Pág. 527 y 528.

No cabe duda que a pesar de la inquietud que dicha jurisprudencia podía generar, ella cumplía con el mandato que la Constitución le había asignado a los jueces a través de la Cláusula de Supremacía y era coherente con la idea de los padres de la Constitución de crear un Estado Centralizado, donde las competencias de órganos estatales se encontrara sometida a la Constitución y a las Leyes Federales. Así, había quedado aparentemente zanjada la lucha entre federalistas y republicanos.

2.2.3.2.- La obra del Juez John Marshall: el *judicial review* a partir del caso *Marbury v/s Madison*.

Al finalizar su mandato, el Presidente *John Adams* el 2 de marzo de 1801, dos días antes de entregar el cargo a su oponente republicano *Thomas Jefferson*, nombró en el cargo de juez de paz para el distrito de Columbia, a *William Marbury*, uno de sus partidarios, nombramiento que fue aprobado por el Senado inmediatamente, pero sin la entrega de sus credenciales para ejercer efectivamente su nombramiento. Instalado en el gobierno el presidente *Jefferson* no quería a *Marbury* en el cargo y ordenó a su Secretario de Estado, *James Madison*, no cursara el nombramiento ni hiciera entrega de las credenciales a *Marbury*, a modo de reacción contra la actitud de los federalistas de situar en el aparato estatal al mayor número de sus partidarios en el ocaso de sus días en el gobierno.

Así las cosas, *William Marbury*, de conformidad a la Ley Judicial – “*Judicial Act*” – de 1789, solicitó a la Suprema Corte que ordenara al Secretario de Estado expedir el nombramiento para el cargo al que había sido designado, y en especial lo dispuesto en Sección decimotercera de dicha ley, la cual otorgaba facultades al Tribunal Supremo para ordenar a cualquier autoridad de los Estados Unidos, persona o Corte de Justicia, la realización de determinados actos que fueran sometidos a su conocimiento.

El caso despertó una vez mas la apasionada lucha de federalistas y republicanos, latente desde la Convención Constituyente de Filadelfia de 1787, y fue a parar a manos del “*Chief Justice*” del Tribunal Supremo<sup>63</sup> –cargo equivalente al Presidente de la Corte Suprema en nuestro país– *John Marshall*, de tendencia federalista, quien en 1803 dictó sentencia, rechazando la

---

<sup>63</sup> Conviene detenerse brevemente sobre la estructura del poder judicial en los Estados Unidos. Allí existen Cortes Federales y Cortes Estadales. Las primeras son de dos clases: regulares y especiales. Las regulares están ubicadas en tres niveles, cuales son la Corte Suprema de Justicia, integrada por ocho miembros llamados vocales o magistrados y un Presidente o Chief Justice, siendo el más alto tribunal dentro de la Unión; Cortes de Circuitos de Apelaciones, existentes en razón de una por cada uno de los once circuitos judiciales, cada uno de los cuales, comprende tres o más estados, de composición variable de tres a nueve jueces, poseen jurisdicción apelada para conocer y resolver sobre las decisiones dictadas por las Cortes Federales de Distrito que existan en el respectivo circuito judicial. Estas últimas son conocidas como cortes de primera instancia, y que tienen a su cargo de todas las materias criminales contra leyes federales y de materias civiles que involucren controversias entre dos o más personas o corporaciones entre diferentes Estados. Con respecto a las cortes especiales, existen cortes de quejas, de aduanas, patentes y aduanas, territoriales, así como juzgados inferiores como juzgados de condados, juzgados de paz, etc. Las Cortes Estadales dependen de la organización de cada Estado, comprendiendo, básicamente, a una Corte Suprema del Estado, Cortes intermedias de apelación, Cortes de procesos generales, Cortes de condados y tribunales inferiores en áreas urbanas y rurales.

demanda de *Marbury* y declarando inconstitucional la sección decimotercera de la Ley Judicial de 1789.

Así nació la más afamada de las sentencias de los Estados Unidos en el siglo XIX, conocida universalmente como el caso “***Marbury vs Madison***”, también llamado el “*mandamus case*”. La reacción del gobierno, se manifiesta en la protesta que el Presidente *Jefferson* dirige personalmente a la Corte:

“(...) El Tribunal, como instancia suprema de todas las cuestiones constitucionales, significaría someternos al despotismo de una oligarquía (...)”<sup>64</sup>.

Al afirmar el derecho de interpretar la Constitución como una función inherente a la función judicial, *Marshall* debe partir de la premisa que los Tribunales, como Poder del Estado, se encuentran por sobre el legislador, tesis considerada peligrosa para los órganos ejecutivo y legislativo, que escapa a la aplicación, generalmente aceptada según hemos expuesto más arriba, de la Cláusula de Supremacía contenida en el texto constitucional.

---

<sup>64</sup> Citado por LOWENSTEIN, KARL. “*Teoría de la Constitución*”. Editorial Ariel. Barcelona 1984. Página 310.

*Marshall* se pregunta si un acto incompatible con la Constitución puede o no convertirse en ley de la Nación:

*“(...) O la Constitución es una ley suprema soberana, que no puede ser modificada por medios ordinarios, o está al mismo nivel que los actos legislativos ordinarios y, al igual que éstos, puede ser modificada cuando le plazca a la legislatura.*

*Si la primera parte de la alternativa es cierta, entonces, un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley; si la última parte es cierta, entonces, las constituciones escritas no son sino intentos absurdos por parte del pueblo de limitar un poder por naturaleza ilimitable (...)<sup>65</sup>*

Así las cosas, y en tal encrucijada, *Marshall* no tiene dudas en sentenciar que la Constitución prevalece sobre cualquier otra ley incompatible con ella, puesto que la Constitución es soberana y no la ley, fruto, esta última, de mayorías parlamentarias temporales, alejadas a veces, de los valores fundamentales consagrados en la constitución.

Dicho poder-deber de los jueces de control de la supremacía constitucional no es ilimitado; cuando se declara la inconstitucionalidad de una

---

<sup>65</sup> Citado por BREWER-CARIAS, ALLAN RANDHOF. “Control de Constitucionalidad. La Justicia Constitucional”. Ob. Cit. Pág. 529.

ley no se tiene por objeto atacar a ésta de un modo general y teórico, por el contrario, su inaplicación sólo tiene efecto particular en los derechos de un litigante, de manera que la vigencia material de ésta en el ordenamiento jurídico no se encuentra afectada al menos directamente. Sólo una jurisprudencia constante y repetida en contra de ella, la expulsará definitivamente del orden jurídico. Pero llamamos inmediatamente la atención en el sentido que este control, a la larga, terminará con efectos generales, anulando verdaderamente la ley inconstitucional, mediante el *stare decisis* o principio de vinculación del precedente y el conocimiento y fallo en la Suprema Corte de las cuestiones de constitucionalidad<sup>66</sup>.

A partir de dicho precedente judicial de 1803, y por un lapso de 60 años, hasta partir con el proceso de reconstrucción nacional que siguió a la Guerra de Secesión, la *Supreme Court* tuvo la precaución y discreción de no usar dicho precedente, siendo luego un pilar fundamental en la transformación que ha experimentado la sociedad norteamericana hasta nuestros días. Ejemplo de ello puede observarse de la jurisprudencia emanada de la *Supreme Court* en los casos de **Plessy vs. Ferguson** de 1896, **United States vs. Butler** de 1936, **United States vs. California** de 1950, **Jencks vs. United States** de 1957, **Brown vs. Board of Education** de 1954, referido a la segregación racial en las

---

<sup>66</sup> Ver apartado 3.5.2.2.9 del Capítulo III de esta memoria.



escuelas y **Trop vs. Dulles** de 1958, fallo este último que magistralmente recoge el carácter **normativo** del texto constitucional:

*“(...) Las disposiciones de la Constitución no son adagios trillados ni contraseñas vacías. Son principios vitales y vivos que autorizan y limitan los poderes gubernamentales en nuestra nación. Son normas de gobierno. Cuando se cuestiona ante este Tribunal la constitucionalidad de una ley del Congreso, debemos aplicar dichas normas. De lo contrario, los términos de la Constitución se convierten en poco más que buenas intenciones (...)”<sup>67</sup>.*

Al respecto un sorprendido Tocqueville señala:

*“(...) En los Estados Unidos la Constitución está por encima tanto del legislador como de los simples ciudadanos. Es, pues, la primera de las leyes, por lo que ninguna ley puede modificarla. Por lo tanto, es justo que los tribunales obedezcan a la Constitución con preferencia a todas las leyes (...)”<sup>68</sup>.*

---

<sup>67</sup> BREWER-CARIAS, ALLAN RANDHOF. “Control de Constitucionalidad. La Justicia Constitucional”. Ob. Cit. Pág. 521.

<sup>68</sup> TOCQUEVILLE, ALEXIS DE. “La democracia en América”. Traducción al castellano por D. Sánchez de Alen. Editorial Alianza. Madrid 1990. Página 95. Citado por PÉREZ TREMPES, PABLO. Ob. Cit. Página 27.

De esta forma podemos apreciar que durante el siglo XIX se consolida lo que denomina “*el modelo americano de control*”<sup>69</sup>, con caracteres bien determinados, y que se siguió proyectando y evolucionando hasta nuestros días. Además, como veremos más adelante, su consolidación en Norteamérica trajo su expansión a otros puntos del globo con el fin de imitarlo, incluso en los países de tradición romanista<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> Como veremos en el próximo capítulo, el modelo americano o difuso de control de constitucionalidad de las leyes, tiene características bien definidas que desarrollaremos en el capítulo siguiente, las que por ahora sintetizamos de la siguiente forma: 1°.- **Es un control de constitucionalidad de las leyes:** solamente se aplica a normas de rango o jerarquía de ley. 2°.- **Es un control *jurisdiccional* de constitucionalidad:** para resolver el conflicto constitucional se aplica la función jurisdiccional constitucional y no medios políticos de control. 3°.- **Es un control *judicial y difuso*:** pues se entrega el control de constitucionalidad a los jueces ordinarios de justicia, ergo, todos los jueces ordinarios no importando su jerarquía, pueden conocer y fallar los conflictos constitucionales. 4°.- **Es un control *incidental*:** pues solamente se pueden plantear el conflicto de constitucionalidad una vez iniciado un caso concreto donde la ley que se estima inconstitucional tiene posibilidades de aplicarse como norma decisoria litis, por lo que al cuestión de constitucionalidad constituye un incidente o un accesorio al juicio principal. 5°.- **Es un control *posterior o represivo y con efectos inter partes*:** represivo pues solo se aplica a leyes que se ya se encuentran vigentes y no a proyectos de ley, inter partes pues se aplica los efectos de la declaración de inconstitucionalidad al caso concreto y no con efectos generales, aun cuando ya adelantamos que mediante la aplicación del principio stare decisis y el fallo de las cuestiones de constitucionalidad por parte de la Suprema Corte los efectos de la declaración de inconstitucionalidad pasan a ser generales. 6°.- **Es un control con efectos *declarativos o retroactivos de constitucionalidad*,** pues se considera la ley inconstitucional nula desde sus dictación. 7°.- **Es un control *formal y material* de constitucionalidad.** Ver apartado 3.5.2.2 del Capítulo III de esta memoria.

<sup>70</sup> Respecto de expansión del modelo norteamericano, ver apartado 2.2.4.2. de este mismo Capítulo.

## **2.2.4.- DESARROLLO ACTUAL DE LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN EN LA TRADICIÓN ANGLOSAJONA.**

### **2.2.4.1.- Caso Británico: de la Soberanía del Parlamento a una Supremacía de la Constitución histórica, material y escrita.**

Ya hemos dicho que en Inglaterra el control de constitucionalidad de los actos de gobierno desde la Gloriosa Revolución, en verdad se reduce al control del ejecutivo por el Parlamento, y que no existe posibilidad de un control jurisdiccional de los actos de Parlamento.

Con la instauración de la monarquía *Hannover*, en el año 1700, se adopta, el primer y único texto constitucional propiamente tal en la historia de Inglaterra, denominado "*Act of Settlement*", por lo que hasta nuestros días, el Reino Unido, carecía de una constitución escrita y codificada en texto único a la usanza de los demás países del globo y, además, tampoco tenía sistema alguno de control de constitucionalidad de las leyes del Parlamento<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> Sobre la inexistencia de un sistema de control de constitucionalidad de las leyes emanadas del Parlamento, resulta necesario precisar que tal característica no es, necesaria y forzosamente, correcta. Si bien es efectivo que sobre la base del principio de supremacía del Parlamento, entendido éste como el derecho a hacer y deshacer toda ley y, además, el que ninguna persona u órgano esté revestido con la potestad de anular o derogar la legislación emanada del Parlamento, no es posible a los jueces declarar la inaplicabilidad o inconstitucionalidad de ésta, no es menos cierto que la House of Lord, reconociendo que no puede anular la legislación del Parlamento, *ha interpretado frecuentemente las leyes existentes de modo que se adecuen a la Constitución y sus principios de equidad*. Ejemplos de estos casos pueden verse en la obra LAFUENTE

Pero esa característica del constitucionalismo británico de carencia de Constitución codificada y de sistema de control de constitucionalidad de las leyes, se encuentra, a nuestro juicio, en franca retirada. En efecto, a partir del proceso de integración económico y político que ha significado la Unión Europea, y la ratificación de la Convención Europea de Derechos Humanos por dicho país, surgió la necesidad de conferir eficacia a los derechos y libertades garantizados por dicha convención, dictándose en 1998 la denominada Ley de Derechos Humanos o ***Human Rights Act***, codificándose toda la parte dogmática de la Constitución en dicho cuerpo legal, cuerpo legal que por lo demás incorpora al ordenamiento jurídico interno la totalidad de las disposiciones contenidas en la citada convención. Así las cosas, queda disperso en otros textos legales, solamente parte orgánica de ésta. Eso en cuanto al carácter no escrito o no codificado de la Constitución británica.

Pero no suficiente con ello, la Ley de Derechos Humanos de 1998, contempla dos procedimientos que creemos propios de control de constitucionalidad. El primero, consiste en la declaración de incompatibilidad, en virtud del cual, los tribunales británicos se encuentran obligados a interpretar la legislación nacional haciéndola compatible con el Convenio y la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, facultándose a la *House of Lords*

---

BALLE, JOSÉ MARÍA. "La judicialización de la interpretación constitucional", Editorial COLEX. Madrid, año 2000, página, 160 y siguientes.

a declarar una norma parlamentaria incompatible con la Convención y la Ley de Derechos Humanos, declaración de incompatibilidad que, sin perjuicio de no afectar la validez jurídica de la norma y sólo incidir en su inaplicabilidad en el caso concreto de que se trata, hace difícil prever que la Cámara de los Lores, vuelva aplicar dicha norma. Más aún, por efecto del principio de *stare decisis*, los tribunales inferiores se encuentran obligados por los precedentes de sus superiores, esto es, por la House of Lords.

El segundo procedimiento contemplado en la Ley de Derechos Humanos, es el “*Judicial remedies*”, procedimiento en virtud del cual cualquier persona que se vea afectado por un acto contrario del poder público en contra de los derechos consagrados en la Convención y la Ley, puede accionar a un procedimiento judicial, que acordará el remedio que considere justo y apropiado para restablecer el imperio del derecho y la protección del afectado.

Este último procedimiento, sin lugar a dudas, puede equiparse a las acciones de amparo y protección de derechos constitucionales existentes en la actualidad en los demás países y es sin duda el avance más notable del constitucionalismo inglés para el siglo XXI<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> Sobre los procedimientos contenidos en la Ley de Derechos Humanos de 1998. Ibid. Páginas 156-158.

2.2.4.2.- Caso norteamericano: la evolución y expansión del *judicial review*.

Así entre 1789 y 1865, según da cuenta el profesor Francisco Fernández Segado, sólo dos leyes federales fueron declaradas inconstitucionales<sup>73</sup>. A su vez, en el período comprendido entre 1865 y la Segunda Guerra Mundial, en 77 casos se resolvió, por la *Supreme Court*, que leyes federales del Congreso de la Unión habían vulnerado la carta fundamental. A su vez y a modo de contraste, entre 1790 y 1941 en 658 casos se declaró la inconstitucionalidad de leyes estatales contrarias a la Constitución. Toda esta institucionalización del control judicial de constitucionalidad, ha llevado a Steele Commager a señalar:

*“(...) El Tribunal Supremo, con el tiempo, ha llegado a ser para los americanos lo que la Familia Real es para los ingleses, el Ejército para los alemanes, y la Iglesia para los españoles (...)”*<sup>74</sup>.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y hasta la caída del Muro de Berlín en 1989, sin embargo, la amenaza de un comunismo mundial a las puertas de sus fronteras y el impacto que sobre el estilo de vida americano tuvo el conflicto ideológico este-oeste, hizo que en la elección entre seguridad

---

<sup>73</sup> El ya citado *Marbury vs Madison* y el caso *Dred Scott* de 1857. Ver FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *“Evolución Histórica y Modelos de Control de Constitucionalidad”*. En *“La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”*. Ob. Cit. Pág. 58.

<sup>74</sup> *Ibid.*

interna y externa por una parte y los principios de libertad americana recogidos por el constituyente por la otra, la *Supreme Court*, rendida a la presión del gobierno, del Congreso y la opinión pública, optara, frecuentemente, por la primera en contra de la segunda, traicionando, sin lugar a dudas, una tradición que poco a poco pretende hoy día recuperar.

A modo de síntesis puede señalarse, por último, que desde la celeberrima sentencia de 1803 hasta nuestros días, tres son los campos de aplicación que la “*judicial review*”, entendido como revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, deja como piezas centrales de un sistema que es, sin lugar a dudas, una formidable construcción histórica, judicial y política llamada Estados Unidos de Norteamérica.

- 1°.- En primer término, el control judicial de constitucionalidad como herramienta de construcción del federalismo y sobre todo en la necesidad de reforzar el poder central constituido por los padres fundadores en la relación entre la Unión y los Estados miembros.
- 2°.- El segundo lugar, el control judicial de constitucionalidad como control inter-órgano o de frenos y contrapesos, basado en el precedente del juez Marshall, que recae sobre los actos del gobierno u órgano ejecutivo y sobre los actos del Parlamento, en especial, sobre las leyes.

3°.- Por último, existe un tercer campo de aplicación referido a la protección de las libertades civiles y derechos fundamentales y de reforzamiento de la democracia, no solo como forma de gobierno sino como estilo de vida, siendo particularmente importante la labor de dicha Corte, por ejemplo, en contra de la políticas de segregación racial en la década de los cincuenta y de libertad de expresión y de imprenta.

Este modelo se extiende en general por todos los Estados del “*commonwelth*”, así es adoptado, además de Estado Unidos, por muchas ex colonias inglesas como Canadá, Australia, India, salvo – paradójicamente – Inglaterra<sup>75</sup>. También en Japón con la Constitución de 1947<sup>76</sup>.

También fue recepcionado en países de tradición romanista, como en Europa continental<sup>77</sup>, como en los casos de Suiza –que veremos más adelante– en Dinamarca, en los Países Escandinavos –Noruega, Suecia–, en los ensayos de Alemania con la constitución de *Weimar* –que también veremos más adelante–, también en el periodo de 1948-1956, bajo la vigencia de la

---

<sup>75</sup> Ver CAPPELLETTI, MAURO. “*La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado*”. Ob. Cit. Página 61.

<sup>76</sup> Ibid. Página 61. Como bien apunta Capelletti, el sistema de control japonés, fue importado “(...) con un acto –quizás un poco torpe– que estuvo a la mitad entre la imposición y la imitación (...)” del modelo norteamericano, pero que de todas maneras sigue hasta nuestros días.

<sup>77</sup> Ibid. Páginas 63 y siguientes. También, y en el mismo sentido, CRUZ VILLALÓN, PEDRO. Ob. Cit. Páginas 53 y siguientes.



Constitución de 1948 y hasta la entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional, en Italia. De todos estos intentos y ensayos, salvo el caso suizo, el control difuso aplicado a Estados de tradición romanista resultó en definitiva un completo fracaso<sup>78</sup>.

Fuera de Europa continental, más precisamente en Latino América<sup>79</sup>, encontramos temprana recepción en México y Venezuela, también en Argentina, Brasil, Colombia y Perú, existiendo como sistema único de control o presentándose en forma mixta o integral con métodos concentrados de control<sup>80</sup>.

A diferencia de lo ocurrió en Europa continental, el sistema difuso de control encontró aplicación –en forma única o conviviendo en forma mixta con el control concentrado– en Estados de tradición romanista en América Latina<sup>81</sup>, donde encontramos un rico y variado escenario de posibilidades de aplicación del sistema difuso que tendremos la oportunidad de estudiar más adelante.

---

<sup>78</sup> En el mismo sentido CAPPELLETTI, MAURO. *“La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado”*. Ob. Cit. Página 70.

<sup>79</sup> Volveremos más detalladamente sobre este tema en el apartado 2.4. de este mismo Capítulo destinado exclusivamente al Desarrollo Histórico de la Tutela de la Supremacía Constitucional en América Latina.

<sup>80</sup> Sin perjuicio de volver sobre el tema al final de este capítulo, por ahora ver BREWER-CARIAS, ALLAN RANDHOF. *“La Jurisdicción Constitucional en América Latina”*. En obra colectiva *“Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”*. Ob. Cit. Pág. 129.

<sup>81</sup> Ibid. Página 134.

## **2.3.- PANORAMA EUROPEO:**

### **De la Supremacía de la Ley a la Supremacía de la Constitución.**

#### **2.3.1.- ANTECEDENTES GENERALES.**

La respuesta europea continental para dar eficacia al principio de Supremacía Constitucional en el siglo XIX fue muy diferente a la respuesta norteamericana y británica. Mientras en Estado Unidos se afianza la competencia de los jueces ordinarios para controlar la constitucionalidad de las leyes y en Inglaterra se consolida el principio de supremacía parlamentaria. En Europa continental, desde las revoluciones de fines del siglo XVIII y durante buena parte del siglo XIX, se sucedieron los intentos por establecer un Estado Constitucional de corte liberal y dejar definitivamente atrás todo atisbo del Antiguo Régimen.

Siguiendo a Lucio Cabrera y Héctor Fix-Zamudio, el profesor Francisco Fernández Segado<sup>82</sup>, ha señalado que la auténtica y propia garantía

---

<sup>82</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *“El control de la constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales, su génesis en el siglo pasado”*. En *“Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”*. Konrad Adenauer Stiftung. CIEDLA. Buenos Aires 1997. Páginas 27 y siguientes.

jurisdiccional de la Constitución nacida en los Estados Unidos de Norteamérica, constituye la contribución de dicho país a la defensa constitucional, “en contraste con el continente europeo, en donde se ensayó primeramente la búsqueda de una defensa política de la Constitución”<sup>83</sup>, esto es, una *guarda política* de la Constitución, con expresa negación de la judicatura para conocer y resolver sobre la observancia y exigibilidad de la Constitución y el sometimiento de la ley a ésta, cuyo ejemplo más emblemático lo constituye la Francia Revolucionaria de finales del siglo XVIII.

Dicha negación de la Judicatura y la instalación por más de un siglo de un control político de constitucionalidad, ejercido por los propios órganos legisladores, obedece a razones históricas, ideológicas y prácticas<sup>84</sup>, a las cuales le podemos añadir la pérdida del sentido originario de la Constitución, circunstancia especialmente aplicable en nuestra América Latina. A saber:

- 1°.- Obedece en primer lugar a razones *históricas*: La Revolución Francesa tuvo como fin objetivos diferentes al proceso de independencia de las colonias inglesas al otro lado del Atlántico.

---

<sup>83</sup> Ibid. Página 27.

<sup>84</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “Evolución Histórica y Modelos de Control de Constitucionalidad”. En “La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”. Ob. Cit. Página 59. En este mismo sentido CAPPELLETTI, MAURO. “Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado”. Ob. Cit. Página 83.

Como bien apunta Cappelletti:

*“(...) La diversa aptitud de los dos ordenamientos en las confrontaciones del control de constitucionalidad (modelo judicial norteamericano y modelo político francés) proviene también de la diversa actitud de las respectivas revoluciones hacia los poderes del Estado. En efecto, mientras la revolución francesa de 1789 estaba dirigida sobre todo contra los abusos del ejecutivo y de la autoridad judicial, la guerra de independencia americana de 1776, aspiraba a oponerse im primis al poder absoluto de la autoridad legislativa (...)”<sup>85</sup>.*

Lo anterior trasunta en una la confianza ilimitada en la voluntad popular y la soberanía de la ley, el principio de infalibilidad del Parlamento, según el cual, la ley es la voluntad general y dicha voluntad no puede estar equivocada, así como un marcado recelo y desconfianza hacia los jueces, funcionarios impopulares recordados por sus permanentes y graves interferencias absolutistas, propias del *Ancian Regim*.

---

<sup>85</sup> CAPPELLETTI, MAURO. *“Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado”*. Ob. Cit. Página 85. Nota al pie número 88, citando a L. PALADIN. *“Il principio costituzionale d’eguaglianza”*. Giuffré. Milán 1965. Página 28.

- 2°.- Obedece, en segundo lugar, a razones *ideológicas*, propias del principio de separación de poderes o funciones, cuyo más destacado exponente fue, sin duda, el Barón de Montesquieu, quien en su obra “El Espíritu de las Leyes” de 1748 considera a la Judicatura un Poder neutro, de obrar mecánico, que se limita a ser la boca que pronuncia las palabras de la ley. Así las cosas, dicha teoría se presentaba inconciliable con la sola posibilidad de interferencia de los jueces en las facultades y competencias de los órganos legislativos, vistos estos últimos como representantes de una voluntad general infalible e ilimitada, reunida en asambleas. La propia Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 considera en una de sus normas, que un Estado donde no existe separación de poderes, simplemente carece de Constitución<sup>86</sup>.
- 3°.- Obedece a razones *prácticas*, tendientes a asegurar y limitar la acción del Poder Ejecutivo y los excesos del aparato administrativo, más propicios al abuso e infracción de los derechos ciudadanos. A fin de cuentas, la ley es general y los ciudadanos están más preocupados de una administración burocrática con la que se tiene que lidiar día a día.

---

<sup>86</sup> Ver artículo 16, de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

4°.- A ello cabe agregar que, con particular fuerza en nuestro continente y en menor medida en Europa, la Constitución en los hechos *perdió su sentido originario* y fue concebida, más de lo que fuera deseable, como un *trofeo político* destinado a la repartición del poder de las elites gobernantes más que un verdadero texto jurídico-normativo de carácter vinculante, cuya duración era igual o menor al lapso de gobierno de la fuerza política que la impuso.

Esta desvalorización de la Constitución como texto normativo y vinculante, condujo inevitablemente a la sobrevaloración de la ley emanada del Parlamento, como auténtica expresión de la voluntad popular, soberana e infalible. Así no es infrecuente que en el estudio de las ciencias del derecho en las Universidades importe más el derecho civil, procesal o penal para la preparación de los abogados. Aún hoy día en nuestro país, las mallas curriculares de las escuelas de derecho refuerzan insistentemente el derecho privado a desmedro del derecho público. Y no es infrecuente que nuestros abogados conozcan mejor la tradición como modo para adquirir el dominio contenida en el Código Civil de Andrés Bello, que las facultades y competencias del Tribunal Constitucional.

Solamente entrado el siglo XX se ve un intento serio de instaurar una *guarda jurisdiccional* de la Supremacía de la Constitución en Europa

Continental. Al igual como fue hace más de un siglo antes, la respuesta europea fue diferente a la norteamericana, nos referimos a la instauración de un modelo o sistema europeo propio, de carácter *jurisdiccional*, a partir de la Constitución austriaca de 1920, y la instauración de un *Tribunal Constitucional* a instancias del maestro de la escuela de Viena Hans Kelsen. Además, de la recepción cada vez mayor del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y el soporte material o substancial que ello aportó al constitucionalismo europeo.

Por ello nos encontramos en la historia constitucional europea con dos etapas bien determinadas, la primera, de una *guarda política y antijudicialista de la supremacía constitucional* entregada principalmente al Parlamento, de origen francés, y una segunda, de una *guarda jurisdiccional* que se inicia por el trabajo de Kelsen, entregada a órganos especializados, generalmente denominados Tribunales Constitucionales.

Entre esas dos épocas es posible encontrar un intermedia o de transición, donde se revela el ocaso del poder parlamentario, el retiro de la ley como norma suprema y los intentos de algunos Estados de establecer controles fuera de las cámaras del Congreso, los que sirven de antecedentes –mediatos algunos, muy lejanos otros– al modelo de Kelsen.

Por esta razón tres serán los apartados que veremos a continuación, el primero dedicado al control político francés y su expansión por Europa, luego la debacle de los parlamentos y la retirada del principio de soberanía de la ley, y, por fin, el último dedicado al establecimiento de la guarda jurisdiccional a partir del Tribunal Constitucional de Kelsen, su expansión en el resto de Continente y otros puntos del globo.

### **2.3.2.- LA GUARDA POLÍTICA DE LA CONSTITUCIÓN. EL MODELO FRANCÉS DE CONTROL POLÍTICO.**

Hemos señalado que razones históricas, ideológicas y prácticas, avalan y explican el desarrollo de un sistema político de control de constitucionalidad de las leyes en Francia y Europa del siglo XVIII y XIX y también en Iberoamérica, encomendado al Parlamento, como representante éste de una voluntad popular soberana e infalible, que recela del poder ejecutivo y de los jueces. Es un modelo de origen, reiteramos, francés, adoptado posteriormente sin reservas por el resto del continente y parte de las naciones de ultramar recién independizadas del dominio español y portugués<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> Como señala PÉREZ TREMP, PABLO, una de los grandes aportes de la Revolución Francesa es que gracias a ella se expande por Europa el constitucionalismo clásico. Señala "(...) *El constitucionalismo nace unido a la Revolución como expresión racionalizada de los principios liberales, que intentan sustituir el "gobierno de los hombres" por el "gobierno de las leyes" (...)*". Ob. Cit. Página 24.



Con la revolución francesa se impone y se expande la idea de la supremacía de la ley y el control político de la constitución. En efecto, y al mismo tiempo que se desarrollaba la Revolución Francesa de 1789, por Ley de 16-24 de agosto de 1790 se determinó que los tribunales ordinarios de justicia no podían tomar directa o indirectamente parte alguna en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir ni suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo sancionados por el Rey. Junto ello, se crea el instituto jurídico del “**référé législatif**”, en virtud del cual, correspondía al poder legislativo la facultad última para interpretar el texto oscuro de una ley. Ambas normas fueron posteriormente incorporadas en el capítulo V de la Constitución de 1791 y es obvio que por su intermedio se manifestaba el deseo revolucionario de afianzar el principio de soberanía parlamentaria y de supremacía de la ley, vedando en consecuencia la posibilidad de un control judicial de la constitucionalidad de ésta.

Los jueces, conforme al principio de separación de poderes o funciones desarrollado por Montesquieu, sólo les correspondía aplicar la ley dictada por una omnipotente Asamblea legislativa e interpretarla de modo que sólo produzca efectos para el caso concreto sometido a su conocimiento y fallo. De este forma y al decir de *Robespierre* la palabra *jurisprudencia* debía ser borrada del diccionario, de modo de no ser considerada ésta una fuente de Derecho que amenazara la obra más importante del Parlamento: la Ley. Por ello decimos que

el modelo francés es *político y antijudicialista*: político pues se entrega a órganos políticos, como el Parlamento y en mucho menor medida al ejecutivo<sup>88</sup>, es antijudicialista<sup>89</sup> pues expresamente, en teoría y en los hechos, se excluye cualquier tipo de intervención de los jueces ordinarios en el control de constitucionalidad<sup>90</sup>.

Pero la historia de una Francia revolucionaria es también la historia de excesos generados por una República del Terror, donde desde la destrucción del *Ancien Regim* y la construcción de una república, se pasa rápidamente al caos, la dictadura, la reconstrucción y el imperio. En sólo diez años: cuatro

---

<sup>88</sup> Ello sin perjuicio que como veremos más adelante, en el periodo de restauración monárquica de la primera parte del Siglo XIX, se vivió un resurgimiento de la figura de Jefe de Estado – sin que pierda importancia el Parlamento –, circunstancia que fue base de ciertas teorías sobre defensa de la Constitución como la de Carl Schmitt. Ver apartado 2.3.3.3. de este mismo Capítulo.

<sup>89</sup> Igual denominación hace PÉREZ TREMPs, PABLO. Ob. Cit. Página 32.

<sup>90</sup> La desconfianza en los jueces ordinarios es una de las razones por las cuales se optó por un control político de control –ver apartado 2.3.1, párrafo 1° de este Capítulo– y además es un rasgo esencial en la tradición francesa desde la Revolución hasta nuestros días. Como apunta un profesor español: “(...) arranca así una tradición jurídica de abolengo en Francia que se prorroga hasta nuestros días. Muestra de ello son las palabras de Vedel en la que señala que “Francia ha desconfiado, desde la Revolución, del juez”. Y esa desconfianza se manifestó también en la exclusión de los tribunales de la tarea de garantizar la norma fundamental, exclusión cuya huella sigue marcando el sistema francés de defensa constitucional y que ha influido en todo pensamiento europeo sobre esta materia (...)”. PÉREZ TREMPs, PABLO. Ob. Cit. Página 41. Citando a VEDEL, en el prefacio de la obra F. BATAILLER. “*Le Conseil d’Etat juge constitutionnel*”. L.G.D.J. París 1966. Página II. Luego veremos que, sin perjuicio del marcado acento político y antijudicialista de la tradición francesa, la tutela de la supremacía constitucional vivirá una *revolución francesa*, ahora en el marco constitucional, con la obra del Consejo Constitucional a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1958 y el Bloque de la Constitucionalidad.

constituciones, decenas de miles de muertos, un imperio y el fin de ocho años de la que sería más tarde la primera república.

Consciente de estos excesos, *Enmanuel Siëyes*, propondría en 1795 la creación de un “**Jury Constitutionnel**”, esto es, según sus propias palabras, un “*verdadero cuerpo de representantes con la misión especial de juzgar las reclamaciones contra todo incumplimiento de la Constitución*”<sup>91 92</sup>.

Vale la pena reproducir a Siëyes:

*(...) Si deseamos dotar de garantía y salvaguardar a la Constitución de un freno saludable que contenga a cada acción representativa sin desbordar los límites de su procuración especial,*

---

<sup>91</sup> SIEYES, EMANUELLE. “*Escritos y discursos de la Revolución*”. Centro de Estudios Constitucionales de España. Año 1990. Citado por FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “*Evolución Histórica y Modelos de Control Constitucional*”. En obra colectiva “*La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*”. Ob. Cit. Páginas 61-62.

<sup>92</sup> Paradojalmente, tal como anota Pérez Tremps, la propuesta del abate Siëyes durante los años de revolución y que fue en definitiva rechazada por el principio rousseauiano de la infabilidad de la ley, tiene su fundamento en la obra del mismo Rousseau “(...) quien invocando a los tribunos romanos, al Consejo de los Diez de Venecia y a los éforos de Esparta, había propugnado la creación de un “tribunado”, “conservador de las leyes y del poder legislativo”, protector del “soberano contra el gobierno”, sostenedor del “gobierno contra el pueblo” y mantenedor del equilibrio entre estos últimos (...)”. Más adelante se sigue leyendo “(...) éste cuerpo está dibujado en forma indeterminada por Rousseau y posiblemente está pensado más en evitar usurpaciones de poder que en función de resolver, como problema teórico, el tema de la regularidad constitucional de la actuación de los poderes públicos (...)”. PÉREZ TREMPs, PABLO. Ob. Cit. Página 33. Citando a ROUSSEAU. J.J. “*El contrato social*”. Traducción al castellano de E. Azcoaga. Edaf. Madrid 1978. Página 182. Y también citando a BATTAGLINI. “*Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*”. Páginas 29-32.

*debemos establecer un Tribunal Constitucional en la forma que, en su día, concretaremos (...)*<sup>93</sup>.

En síntesis, propone la creación de un Tribunal Constitucional:

*“(...) Con la misión especial de juzgar y pronunciarse sobre las denuncias de violación de la Constitución, dirigidas contra los decretos de la legislatura (...)*<sup>94</sup>.

El *Jury Constitutionnel* tendría, según la propuesta original, los siguientes atributos o ámbitos de competencia<sup>95</sup>:

- 1°.- Se constituía como un Tribunal de Casación en el orden constitucional, con facultades para declarar la nulidad de los actos inconstitucionales.
- 2°.- Una suerte de órgano de elaboración de propuestas con vistas a las posibles reformas que el tiempo podría exigir en la Constitución.

---

<sup>93</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *“Evolución Histórica y Modelos de Control Constitucional”*. En obra colectiva *“La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”*. Ob. Cit. Páginas 61-62.

<sup>94</sup> Ibid. Páginas 61-62.

<sup>95</sup> Ibid. Página 61, citando a BATTAGLINI, MARIO, *“Contributi alla storia del controllo de costituzionalita delle leggi”*. Giuffré. Milán 1957. página 61.

3°.- Se constituía finalmente en un suplemento jurisdiccional frente a los posibles vacíos de la jurisdicción positiva.

Este Tribunal de Casación en el orden constitucional propuesto por el abate Siëyes, conservador y guardián de la Constitución, se fue desnaturalizando en la discusión y terminó siendo rechazado por la unanimidad de los miembros de la Comisión encargada de su estudio. La razón, sólo una: Quién habría de reprimir o controlar la transgresión por el Tribunal Constitucional de los límites funcionales determinados por la Constitución, esto es en pocas palabras la interrogante fundamental, **¿quién sería el guardián del guardián de la Constitución?** Esta misma inquietud se volvería a plantear un siglo y medio más tarde, pero sin duda en otro escenario.

La propuesta del abate Siëyes es, sin temor a equivocarnos, el primer intento serio de institucionalizar un sistema de control jurisdiccional<sup>96</sup> –o al menos no político– de constitucionalidad en Europa, y la primera propuesta de control en que claramente se define el efecto de la declaración de inconstitucional: la nulidad del acto contrario a la constitución.

---

<sup>96</sup> De todas maneras ponemos atención que el control propuesto de Siëyes sigue siendo *antijudicialista*, pues de todas maneras excluye a los tribunales ordinarios de justicia de la misión de guardar la Constitución. De esta forma el *Jury Constitutionnel* se podría tomar como un antecedente lejano del Tribunal Constitucional de Kelsen, como órgano jurisdiccional especializado. En el mismo sentido PÉREZ TREMP, PABLO. Ob. Cit. Página 40.

Esta idea, aun cuando desdibujada por los debates, sería recogida en la misma Francia cuatro años más tarde en la Constitución del año VIII de 13 de diciembre de 1799, texto que, ante la imposibilidad en que se hallaban los jueces ordinarios para el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes, encomendó dicha función a un *Senado Conservador*, integrado por 80 miembros vitalicios e inamovibles y cuyos resultados fueron, a juicio de Gumercindo Trujillo<sup>97</sup>, francamente decepcionantes, tanto por su falta de independencia por como la aplicación de criterios restrictivos para regular su actuación. Así las cosas se impone, en definitiva, un sistema o modelo político de control.

No obstante sus resultados, este *modelo de control político y antijudicialista de constitucionalidad de las leyes* sería adoptado sin reservas por la generalidad de los países europeos e iberoamericanos durante el siglo XIX, y reincidiría en Francia durante el Segundo Imperio a través de la Constitución de 1852 y se mantendría hasta la Constitución de 1946, de la Cuarta República, a través del llamado "*Comité Constitutionnel*", integrado por el Presidente de la República, que lo presidía, los Presidentes de la Asamblea Nacional y del Consejo de la República, siete miembros elegidos por la Asamblea y tres elegidos por el Consejo, y cuya misión era ejercer un control

---

<sup>97</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. "Evolución Histórica y Modelos de Control Constitucional". En obra colectiva "La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica". Ob. Cit. Página 67.

preventivo de constitucionalidad, a modo de filtro y salvaguarda de la actividad legislativa. No deja de resultar extraño que su reglamentación se halle contenida en el capítulo relativo a la reforma y revisión de la Constitución, lo que ha dado luces para afirmar que tenía por objeto, más que en garantizar la constitucionalidad de las leyes, la supeditación de la Constitución a la voluntad de las cámaras.

Sólo con la instauración de la Quinta República y la entrada en vigencia de la Constitución de 1958, se ha creado en Francia un sistema jurisdiccional de control de constitucionalidad, a través de la creación del “**Conseil Constitutionnel**”, recogiendo la tendencia general que se ha dado en Europa con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y cuya labor merece ser destacada más adelante.

### **2.3.3.- EL OCASO DEL PARLAMENTO Y EL RESCATE DE LA CONSTITUCIÓN.**

#### **La voz olvidada del abate Siëyes encuentra eco en Kelsen y su Tribunal Constitucional de 1920.-**

##### 2.3.3.1.- Generalidades.

Muchas cosas cambiaron con el paso de los años. A fin de cuentas, las peores atrocidades del siglo XX, que fueron cometidas en nombre de la defensa del pueblo, la libertad o de la raza, fueron justificadas o avaladas por Parlamentos perfectamente democráticos. Hitler, Mussolini y sus gobiernos no nacieron de una dictadura, nacieron y se hicieron fuertes en las cámaras legislativas. La segregación racial, la discriminación sexual, social y política y el acallamiento de la libertad de expresión, se fundaron en leyes aprobadas y dictadas por éstas. La misma Unión de Repúblicas Socialistas Soviética, creó legislaturas y procedimientos para la elección de sus miembros y para la confección de las leyes, leyes que imponían el terror en nombre de una sociedad que nunca alcanzarían.

La Supremacía de la Ley está en retirada. No es necesariamente la expresión de una voluntad popular infalible e ilimitada. El Parlamento tampoco



fue en el siglo pasado el Gran Legislador y el Defensor de los Derechos Civiles. El presidencialismo, los regímenes de emergencia, la legislación irregular y los gobiernos de facto, hicieron del Parlamento, dolorosamente, un buzón de correo para las iniciativas legales diseñadas por el Poder Ejecutivo y, cuando fue un estorbo, simplemente fue clausurado. La vorágine de un siglo a la velocidad de la luz, hacía que los ciudadanos optasen frecuentemente por un dictador rápido y efectivo, que por un legislador lento e inoperante.

Así las cosas, nos convencieron que éramos mejor gobernados por decretos que por leyes, que la felicidad estaba en tener más y que eso era el bien común, que el fin podía justificar los medios, que la muerte de un adversario era el triunfo de una doctrina y no simplemente el asesinato de un hermano.

Habíamos olvidado para que sirve una Constitución y cual es su origen. Luchamos como humanidad contra monarquías absolutas y déspotas ilustrados, destronamos sus reyes y le impusimos un Parlamento y una Constitución que limitara el poder y que garantizara la libertad, la igualdad y la fraternidad. En cambio, creamos emperadores, caudillos y dictadores. Los ungimos de la divinidad de la razón, la religión y la raza. Cuando la Constitución nos estorbó la cambiamos por un disfraz a la medida.

Si el poder legislativo fue incapaz de defender la Constitución, mucho más incapaz, lo fueron también, los jueces, funcionarios acostumbrados a una carrera cuyos méritos estaban no sólo en pronunciar adecuadamente las palabras de la ley, sino también en su prescindencia política y respeto al principio de separación de poderes o funciones. De ahí que si la ley atenta contra los derechos garantizados en la Constitución, deban preferir aquélla en vez de ésta.

Dice el refrán que no hay ceguera que dure cien años, pero algunas duran más de un siglo, aunque tarde o temprano, tenderán a desvanecerse. Qué queremos decir con esto. Que toda tragedia tiene remedios de reconstrucción. Aparte de algunos intentos fallidos, que veremos sucintamente, fueron en verdad dos fenómenos, uno interno y otro externo, los que llevaron poco a poco a recobrar el sentido normativo y garantista de la Constitución. Por una parte, el positivismo jurídico de Kelsen y la creación del Tribunal Constitucional austríaco de 1920, y por otra parte el surgimiento de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción en los ordenamientos jurídicos de los países. Esta nueva realidad institucional implicó el salto cualitativo de la guarda política a una Guarda Jurisdiccional de la Supremacía Constitucional, bajo lo que denominamos el “sistema europeo”, como equivalente al norteamericano.

2.3.3.2.- Antecedentes del sistema europeo jurisdiccional de Supremacía Constitucional: De la Revolución a Kelsen.

2.3.3.2.1.- Mantenimiento de la guarda política de control de constitucionalidad: Crecimiento del Jefe de Estado y abstención de los jueces ordinarios.

Ya hemos dicho que la guarda política del modelo francés descansaba en dos presupuestos: La fe ciega en el Parlamento y la desconfianza en los jueces ordinarios para ejercer el control de constitucionalidad, por ello es un modelo político y antijudicialista.

Si bien es cierto que dicho modelo se mantiene en Francia y en resto de los países de Europa continental, durante el siglo que va desde la Restauración Monárquica hasta el establecimiento del Tribunal Constitucional de Kelsen, los Estados Europeos y el constitucionalismo se ve expuesta a dos fenómenos dentro del mismo modelo político de control.

En primer término la Restauración trajo como consecuencia un distinto tratamiento de la Constitución y una presencia cada vez mayor del Jefe de Estado en el ordenamiento constitucional y en el control de constitucionalidad.

En efecto, como apunta Ruggiero:

*“(...) la nota diferencial de la carta de 1814, con relación a las Constituciones de la época revolucionaria, está en que no surge de la soberanía popular y no es un pacto entre gentes iguales, sino que se trata de un acto de concesión unilateral del monarca a sus súbditos, lo cual supone que la soberanía se encuentra íntegramente en el primero (...)”<sup>98</sup>.*

La mayor presencia e importancia del Jefe de Estado, hace que el mismo sea considerado también, junto con el Parlamento, como garante de la constitución frente a las leyes, control, que realizaría al momento de su promulgación, además de asumir, cada vez más, la resolución de conflictos de constitucionalidad producidos por contiendas de competencia de órganos políticos. Esta idea de un fortalecimiento del Jefe de Estado tiene su expresión más clara en Constat<sup>99</sup> y una importante influencia en modelos de defensa de la

---

<sup>98</sup> RUGGIERO. *“Historia del liberalismo europeo”*. Traducción al castellano de C. G. Posada. Editorial Pegaso. Madrid 1944. Página 91. También ver GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *“La Constitución como Norma y Tribunal Constitucional”*. Civitas SA. Madrid 1985. Páginas 92 y 93. Ambos, además, citado por PÉREZ TREMP, PABLO. Ob. Cit. Página 41.

<sup>99</sup> CONSTANT. *“Cours de politique constitutionnelle”*. Tomo I. Diclier. París 1836. Páginas 4 y siguientes. También del mismo autor *“Principios de política”*. Traducción al castellano de J. Hernández Alonso. Editorial Aguilar. Madrid 1970. Páginas 18 y siguientes. También citado por PÉREZ TREMP, PABLO. Ob. Cit. Página 43.

constitución, incluso en regímenes republicanos como el erigido por Schmitt<sup>100</sup>, que en su momento se contrapuso al modelo de Kelsen.

Pero en este periodo se ve otro fenómeno, que no es más que la continuación de la exclusión de los tribunales ordinarios en el control de constitucionalidad pero con un matiz diferente. Hemos dicho que abundan las opiniones en la teoría constitucional francesa, desde la revolución en adelante, que aboga por la exclusión de los jueces ordinarios en el control de la constitucionalidad, pero, paradójicamente, no existía una norma positiva que los excluyera formalmente. Esta situación provoca incluso que, después de varias décadas y frente a la falta de resultados del control político existente, algunos pensadores de la talla de Maurice Hauriou<sup>101</sup> y León Duguit<sup>102</sup> abogaron por su práctica, fueron los propios tribunales ordinarios que se inhibieron y rehuyeron de controlar la constitucionalidad de las leyes, partiendo de la negación por parte de la Corte de Casación y del Consejo de Estado. Esta situación, según Duez, se define lisa y llanamente como una autoexclusión debido a una *“timidez*

---

<sup>100</sup> Ver SCHMITT, CARL. *“Der Hüter der Verfassung”*. Verlag Duncker Humblot. Berlín-München 1931. Traducido al castellano como *“La defensa de la Constitución”*. Editorial Tecnos. Madrid 1983.

<sup>101</sup> Ver HAURIOU, MAURICE. *“Précis de Droit Constitutionnel”*. Editado por Sirey. París 1929. páginas 279-292. Citado por PÉREZ TREMPES, PABLO. Ob. Cit. Página 43.

<sup>102</sup> Ver DUGUIT, LEON. *“Traité de Droit Constitutionnel”*. Tomo I. Ancienne Librairie Founteming et Cie. París 1922. Página 721. También ver LAMBERT. E. *“Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis”*. Marcel Girad & Cie. París 1921. Páginas 4-7. Ambos citados por PÉREZ TREMPES, PABLO. Ob. Cit. Página 43.

*del juez*<sup>103</sup>, lo que unido a la ya señalada tradición antijudicialista francesa, profundiza aún más el alejamiento de los jueces ordinarios de algún tipo de control de constitucionalidad.

Pero sobre esta misma realidad institucional, surgen ciertos intentos y ensayos por establecer un control de constitucionalidad de carácter jurisdiccional los que –fuera de los frustrados ensayos por importar un control difuso en Europa continental– constituyen los antecedentes del *sistema o modelo europeo de control de constitucionalidad*, de rasgos propios, autónomo y concentrado, que veremos en las próximas líneas. De estos intentos debemos destacar en general, el aporte del *federalismo*, como forma de Estado, y en particular el caso Suizo y el de la Alemania de *Weimar*.

2.3.3.2.2.- Aporte del Federalismo, como forma de Estado, al establecimiento de un sistema de control de constitucionalidad en Europa.

Al igual como ocurrió en Estados Unidos, fue en el marco de un Estado Federal donde surge la necesidad de un control de la constitucionalidad de las leyes.

---

<sup>103</sup> DUEZ. P. “Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France. Comment il courient de poser la question”. En la obra “*Melanges Maurice Hauriou*”. Editado por Sirey. París 1929. Página 224. Citado por PÉREZ TREMPES, PABLO. Ob. Cit. Página 44.

Como bien reflexiona Pérez Tremps:

*“(...) En el Estado compuesto (Estado Federal), en efecto, la Constitución adquiere plena efectividad jurídica al ser instrumento ordenador y coordinador de los diferentes subordenamientos estatales. Esta organización compleja de Estado trae consigo la necesidad de regular las relaciones entre la Federación y los estados federados. La única norma que se sitúa en un plano mayor a los estados y a los poderes centrales es la Constitución federal que, por tanto, debe ser el instrumento que regule la distribución de competencias y, en consecuencia, los conflictos que puedan plantearse. La lógica justifica la institución; la pluralidad de subordenamientos obliga a que los jueces resuelvan los conflictos que en el sistema jurídico federal se puedan plantear. El único parámetro con que se cuenta para ello es la Constitución (...)”<sup>104 105</sup>.*

En efecto, en un Estado Federal, la Constitución Federal sirve como elemento de unión de los diferentes Estados, y la defensa de la Constitución Federal por sobre la legislación y los conflictos de poderes o competencias de los Estados, tiene, como primer objetivo, más que controlar los abusos de algún

---

<sup>104</sup> PÉREZ TREMP, PABLO. Ob. Cit. Página 45.

<sup>105</sup> En este mismo sentido se puede ver en CAPPELLETTI, MAURO. *“Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado”*. Ob. Cit. Página 54.

poder del Estado, es preservar esa unidad dentro de la diversidad de los estados federados, y someter la legislación estatal a la Federal, circunstancia necesaria e imprescindible para al mantenimiento del Estado Federal mismo. Si se acepta que los diferentes estados tuvieran legislaciones contrarias a la Federal, contenida en primer término por la Constitución Federal, se acepta también la posibilidad cierta de la destrucción del Estado Federal. Dicha lección fue aprendida en Estados Unidos en el proceso de independencia y luego confirmada con la Guerra de Secesión. Iguales razones tendrán los Estados europeos federales en formación del siglo XIX, para reconocer la necesidad de un control de constitucionalidad de los estados a luz de la constitución federal.

Dos casos de Estados Federales en este periodo resultan importantes de estudiar, aun cuando sea someramente, como es el suizo y el alemán de *Weimar*, que veremos a continuación<sup>106</sup>.

<sup>106</sup> Podemos reconocer –además del antecedente lejano del *Jury Constitutionnel* de Siëyes– una serie de antecedentes de intentos fallidos y fugaces de control de constitucionalidad concentrado y autónomo, que no valen la pena estudiar con detenimiento. Solamente enunciamos los siguientes casos: 1°.- **La Constitución alemana del 28 de marzo de 1849** sancionada por la Asamblea Nacional reunida en Francfurt. 2°.- **El proyecto Kremsier de Octubre de 1848**, que establecía un Tribunal Supremo del Imperio Austro-Húngaro, que en realidad era un Tribunal Arbitral entre el Imperio y los Länder, el cual fue recogido por la Constitución del Imperio de. 4 de Marzo del año 1849, la cual prácticamente no tuvo vida y fue abrogada el 31 de Diciembre del año 1851. 3°.- **La Constitución del Imperio Austro-Húngaro de 1867** que instaura un Tribunal del Imperio, que tuvo en definitiva escasa importancia en el control de constitucionalidad de las leyes. Para todos estos casos ver: FALLER, HANS JOACHIM. “*Defensa constitucional por medio de la Jurisdicción Constitucional en la República Federal de Alemania*”. En Revista de estudios Políticos. Número 7 (nueva época). Enero-febrero 1979. Páginas 47 y siguientes. EISENMANN. CHARLES. “*La Justice Constitutionnelle et Haute Cour Constitutionnelle d’austriche*”. Editado por Economica-Presses Universitaires d’Aix-Marseille. París-Aix-en-Provence 1986. páginas 110 y siguientes. BATTAGLINI, MARIO. Ob. Cit. Página 159. Todos ellos además citados en FERNÁNDEZ SEGADO,



2.3.3.2.3.- El caso suizo. El control concentrado, autónomo y de efectos generales de la Reforma Constitucional de 1876.

Suiza es el primer Estado europeo continental en establecer un mecanismo *jurisdiccional* de control de la constitucionalidad de las leyes, como alternativa al modelo americano del *judicial review* entregado a los jueces ordinarios<sup>107</sup>.

Si bien se reconocen ciertos antecedentes de un control jurisdiccional en la Constitución de 1848<sup>108</sup>, fue con la reforma constitucional de 1874 con la cual se incorpora un control efectivamente jurisdiccional.

Como Estado Federal preocupación era controlar la legislación de los Länder o cantonal a la luz de la Legislación Federal, control que se extiende, además, a resolver conflictos de poderes o competencia entre los Länder entre sí y con el Gobierno Federal. Por ello más que un control de constitucionalidad

---

FRANCISCO. “Evolución Histórica y Modelos de Control Constitucional”. En obra colectiva “La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”. Ob. Cit. Página 68.

<sup>107</sup> CRUZ VILLALÓN, PEDRO. Ob. Cit. Página 49. En el mismo sentido FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “Evolución Histórica y Modelos de Control Constitucional”. En obra colectiva “La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”. Ob. Cit. Página 70. También revisar PÉREZ TREMP, PABLO. Ob. Cit. Página 45.

<sup>108</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “Evolución Histórica y Modelos de Control Constitucional”. En obra colectiva “La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”. Ob. Cit. Página 70.

era un control de *federalidad*<sup>109</sup> de la legislación de los Länder, teniendo en cuenta, además, que no existe mecanismo de control de constitucionalidad de la legislación federal<sup>110</sup>.

El aporte de este mecanismo de control es que se lo entrega a un órgano determinado: el Tribunal Federal, con un sistema concentrado, autónomo y con efectos generales de inconstitucionalidad, o mejor dicho, de nulidad de la ley inconstitucional –o antifederal–, conviviendo, eso sí, con mecanismos difusos de control de las leyes cantonales y con la guarda política que siguió practicándose.

Si bien no constituye propiamente tal un sistema de control de constitucionalidad de las leyes, sino de encuadramiento de las leyes cantonales a las federales, se erige de todas formas como el *modelo suizo de control*<sup>111</sup> y como “la única alternativa real a América”<sup>112</sup> en ese tiempo.

<sup>109</sup> El término de “*control de federalidad*” es usada por CRUZ VILLALÓN, PEDRO. Ob. Cit. Página 50 y reiterada por FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “*Evolución Histórica y Modelos de Control Constitucional*”. En obra colectiva “*La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*”. Ob. Cit. Página 70.

<sup>110</sup> Por ello PÉREZ TREMP, PABLO, señala: “(...) Este tipo de jurisdicción tiene por objeto la resolución de conflictos entre los Länder y el Bund, y entre los órganos federales. Su finalidad no es el efectuar el control de constitucionalidad del derecho federal sino del derecho de los Länder así como arbitrar en los conflictos orgánicos (...)”. Ob. Cit. Página 45. En el mismo sentido CAPPELLETTI, MAURO. “*Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado*”. Ob. Cit. Página 22 y 54; y también FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “*Evolución Histórica y Modelos de Control Constitucional*”. En obra colectiva “*La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*”. Ob. Cit. Página 70.

<sup>111</sup> Las características esenciales del modelo suizo se puede sintetizar de la siguiente forma:

#### 2.3.3.2.4.- La Alemania de *Weimar*.

La Constitución Alemana de *Weimar* de 1919, articuló un complejo sistema de control de constitucionalidad de leyes y resolución de conflictos de poder o competencia a través de dos frentes: Un Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. Sumariamente podemos decir que en primer lugar se entrega la competencia a un Tribunal Constitucional para que resuelva los conflictos entre la Federación o *Reich* y los *Länder*, y además de órganos de ambas instancias entre sí (*Staatsgerichtsbarkeit*). En cuanto al control de constitucionalidad de las leyes de los *Länder* fue entregado al Tribunal

---

1°.- Es un sistema a la larga mixto, y “de aluvión”, donde distintos sistemas se van incorporando desordenadamente al ordenamiento jurídico constitucional. Conviven la garantía política de la constitución, con la garantía jurisdiccional, donde a su vez, convive el control difuso realizado por los tribunales de justicia con un control concentrado realizado por el Tribunal Federal. 2°.- En lo que nos interesa, el sistema suizo es el primero que incorpora un mecanismo de control **concentrado** de control de la constitucionalidad de las leyes cantonales entregado al Tribunal Federal; **autónomo** pues se abre un juicio especial y únicamente destinado a revisar la constitucionalidad de la ley cantonal; con carácter **preventivo** y también **represivo**; y con **efectos generales**. Además de este control de leyes, el modelo se extiende a la resolución de contiendas de poderes o competencias entre los *Länder* y la Federación (*Staatsgerichtsbarkeit*), también entregado al Tribunal Federal. 3°.- Dos son los institutos procesales que permiten el control de constitucionalidad: el recurso de derecho público (para el control de constitucionalidad de las leyes) y la reclamación de derecho público (para la solución de las contiendas de competencia). 4°.- Es un sistema de control más que de constitucionalidad de las leyes, es un control de la *federalidad* de las leyes cantonales. 5°.- Es un sistema que por sus características propias encontró eficacia en Suiza para su realidad institucional, pero que no se constituye como modelo exportable a otros puntos del globo. Ver PÉREZ TREMPES, PABLO. Ob. Cit. Páginas 44-45. En el mismo sentido CAPPELLETTI, MAURO. “*Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado*”. Ob. Cit. Páginas 22 y siguientes; CRUZ VILLALÓN, PEDRO. Ob. Cit. Página 68-69. También FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “*Evolución Histórica y Modelos de Control Constitucional*”. En obra colectiva “*La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*”. Ob. Cit. Página 70-71.

<sup>112</sup> CRUZ VILLALÓN, PEDRO. Ob. Cit. Página 49.

Supremo, sin perjuicio del control que al interior de los Länder podrían desarrollar los jueces ordinarios (control difuso). Tal como en el caso Suizo, es un control de Federalidad de la legislación cantonal. Su aporte es un mecanismo de control “concentrado” de federalidad de las leyes de los Länder entregado a un solo órgano, el Tribunal Supremo del *Reich*, con efectos generales<sup>113</sup>.

Sin bien existió una jurisprudencia significativa del Tribunal Supremo en los primeros años de vigencia de esta Constitución<sup>114</sup>, este modelo igualmente fracasa por dos razones: en primer término por el reticente trabajo de los jueces ordinarios alemanes por controlar la constitucionalidad de las leyes, que llevó a dicho control a la inoperancia<sup>115</sup>. En segundo término, por el fracaso mismo del

---

<sup>113</sup> Ibid. Página 72. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “Evolución Histórica y Modelos de Control Constitucional”. En obra colectiva “La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”. Ob. Cit. Página 71.

<sup>114</sup> Ver la jurisprudencia citada en FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “Evolución Histórica y Modelos de Control Constitucional”. En obra colectiva “La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”. Ob. Cit. Página 71. Tanto es así, que la sentencia dictada por el Tribunal Supremo con fecha 4 de noviembre de 1925, donde reconoce la posibilidad que los jueces revisen la constitucionalidad de las leyes, incluso las del *Reich*, puede ser considerada como el “*Marbury v/s Madison*” de Europa Continental. En este sentido CRUZ VILLALÓN, PEDRO. Ob. Cit. Página 86. También en esta línea, el ya citado FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “Evolución Histórica y Modelos de Control Constitucional”. En obra colectiva “La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”. Ob. Cit. Página 72.

<sup>115</sup> Sobre la reticencia y la “timidez” de los jueces ordinarios por ejercer un control de constitucionalidad de las leyes, ya hemos visto que dicha característica se encuentra presente en casi todas las judicaturas ordinarias de la época, debido a la formación legalista de los jueces. Pero resulta interesante poner atención a otra razón esgrimida por algunos autores respecto de la reticencia de los jueces ordinarios alemanes por ejercer un control de constitucionalidad, y que nada dice relación con su “timidez”: se plantea que también se debe a que en la segunda mitad del siglo XIX surge con fuerza en Alemania y

Régimen de Gobierno instaurado por la Constitución de *Weimar* a manos del nazismo.

2.3.3.3.- Tribunal Constitucional Austriaco de 1920 y el modelo kelseniano de control constitucional.

Para el creador de la Teoría Pura del Derecho, la función de la Constitución debía ser la de operar como norma de selección, como cierre, clave y cúspide de un ordenamiento jurídico, esto es, del propio Derecho, sin la cual el ordenamiento jurídico carece de contenido propio y de autonomía sino en cuanto está subordinada a la Constitución<sup>116</sup>. Así para Kelsen, el fundamento de la validez del derecho o, lo que es lo mismo, su obligatoriedad está dado por un sistema normativo dinámico, en que las normas valen en cuanto han sido producidas del modo previsto en la norma inmediatamente superior hasta llegar a lo que Kelsen denomina la *“primera constitución jurídico positiva”*.

---

en otras partes, la tradición de la Escuela Histórica del Derecho, que en relación con el juez propone la “función creadora de derecho” llegando al extremo del “derecho libre”. De esta forma “(...) bajo este principio el juez no aplica la Constitución sino que lo hace es crear un nuevo Derecho, distinto, cuando no opuesto, a la misma, y que proviene exclusivamente de la voluntad del juez. Su voluntad excluye reiteradamente los valores constitucionales puesto que él es en definitiva legatario de la voluntad del pueblo (...)”. PÉREZ TREMPES, PABLO. Ob. Cit. Página 47. Revisar también los autores citados por Pérez Tremps: VOLPE, GIUSEPPE. *“L’ingiustizia delle leggi”*. Giuffré. Milán 1977. LARENZ, L. *“Metodología de la Ciencia del Derecho”*. Traducción al castellano de M. Rodríguez Molinero. Editorial Ariel. Barcelona 1970. DIÁZ, E. *“Sociología y Filosofía del Derecho”*. Editorial Taurus. Madrid 1977.

<sup>116</sup> KELSEN, HANS. *“Teoría Pura del Derecho”*. Traducción al castellano de R. J. Vernengo. Universidad Autónoma de México 1981.

Sin perjuicio de no ahondar ni compartir mayormente esta tesis que reduce la validez de la normas a un sistema lógico-formal, carente de presupuestos deontológicos, y la cual tiene críticos tanto en positivistas y iusnaturalistas<sup>117</sup>, su influencia, trajo consigo un nuevo tipo de Constitución, según reconoce y caracteriza adecuadamente el profesor Pereira Menaut<sup>118</sup>, distinta de una concepción anglosajona, no-estatista y lógica extensión del derecho privado, con un carácter marcadamente pragmático y judicialista, distinta también a la concepción europea de constitución, claramente estatista, conectada con una idea de soberanía y distinta a las otras ramas del derecho, no judicialista y más retórica e ideológica, así como un rasgo fuertemente rupturista.

Lo que queremos destacar y rescatar es la importancia que Kelsen le asigna a un sistema de justicia constitucional dentro de un ordenamiento jurídico constitucional. Como apunta Pérez Tremps “la justicia constitucional es concebida por Kelsen como un elemento que asegura la solidez del ordenamiento, entendido éste como estructura piramidal, jerárquica, cerrada y plena”<sup>119</sup>. En efecto, para la lógica kelseniana un mecanismo de control

---

<sup>117</sup> Para una adecuada síntesis sobre el fundamento de validez del derecho en Kelsen y otros autores positivistas como Hart y Dorwin, veáse PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS. *“Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales”*. Colección Estudios N° 5. Corporación Nacional de Reparación y Conciliación. Chile. Año 1996. Páginas 87-99.

<sup>118</sup> PEREIRA MENAUT, ANTONIO-CARLOS. *“Teoría Constitucional”*. Ob. Cit. Págs. 18-22.

<sup>119</sup> PÉREZ TREMPES, PABLO. Ob. Cit. Página 49.

constitucional resulta imprescindible para asegurar la supremacía de la Constitución como norma cúspide del ordenamiento jurídico positivo.

Ahora bien, además de esta razón lógica-jurídica, el control constitucional de Kelsen tuvo otras razones históricas y prácticas: por un lado la necesidad de reforzar la organización de un Estado Federal Austriaco en formación<sup>120</sup> y, por otro, la crisis que se vivía de general del Régimen Democrático y Constitucional de principios de siglo, en particular posterior a la primera guerra mundial<sup>121</sup>, con lo cual se reconoce la necesidad de reforzar los fundamentos del Estado de Derecho en momentos de crisis, “el Derecho es el medio para afianzar el régimen democrático”<sup>122</sup>.

Sobre este punto y el rol de los nacientes tribunales constitucionales, debatieron largamente Kelsen y el jurista de la República de Weimar, Carl Schimt. ¿Es el Tribunal Constitucional el guardián de la Constitución?, Kelsen en verdad creía que no era el único y prefería hablar de una tutela constitucional compartida, en oposición a Schmitt<sup>123</sup> para quien el único

---

<sup>120</sup> Ya hemos dicho la importancia del aporte del “federalismo”, en el nacimiento de un control de constitucionalidad, cuyos fundamentos son plenamente aplicables al caso austriaco. Ver apartado 2.3.3.2.3. de este mismo Capítulo.

<sup>121</sup> En este mismo sentido PÉREZ TREMP, PABLO. Ob. Cit. Página 50.

<sup>122</sup> Ibid. Página 51.

<sup>123</sup> SCHMITT, CARL. “*Der Hüter der Verfassung*”. Verlag Duncker Humblot. Berlín-München 1931. Traducción al castellano “*La defensa de la Constitución*”. Editorial Tecnos. Madrid

guardián de la Constitución era el Jefe de Estado, resultando peligroso, por tanto, dotar a jueces de un poder tan complicado y que no era manifestación, sino aquella de la amenaza norteamericana del gobierno de los jueces o 'judiciocracia', según acusaron los propios gobernantes estadounidenses a sus jueces, luego del fallo de 1803, lo que lleva a Jefferson a protestar contra lo que llama el intento de los jueces por convertirse en una tercera cámara de legislación.

Pero la tesis de Schimt no es otra cosa que la negación del derecho y el revivir de la fuerza en quien creía que el soberano era aquel que decidía los estados de excepción. Nada más contrario al régimen democrático y el Estado de Derecho que el propio pensador alemán, enemigo del Parlamento e irrestricto partidario de un Jefe de Estado Absoluto que procurara la unidad nacional, por sobre cualquier otro bien social.

Se impuso en Austria en definitiva el Tribunal Constitucional de Kelsen, y la idea subyacente que el Derecho salvaría al Estado y al Régimen Democrático. Lamentablemente, frente a la crisis, a la larga, Alemania, y por accesión Austria, optó por soluciones totalitarias y el Estado cayó en manos del nazismo.

---

1983. Citado además por FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *"Evolución Histórica y Modelos de Control Constitucional"*. En obra colectiva *"La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica"*. Ob. Cit. Páginas 76-77.



Rescatamos, en todo caso, este fundamento de la Justicia Constitucional, que lo encontramos en el caso austriaco, pero que lo podemos reconocer en todos los puntos del globo – sea en estados federales y unitarios, romanistas o del common law – donde se ha incorporado algún sistema de control de la constitucionalidad: Garantizar la Constitución como norma suprema, dando coherencia y unidad al ordenamiento jurídico, al mismo tiempo afianza el régimen democrático y el Estado de Derecho. Que el régimen democrático y el Estado de Derecho cayera en manos de los regímenes totalitarios nos enseña, además, que la sola instrumentalización de un sistema de justicia constitucional no sirve por sí sola para garantizar la Constitución, sino va de la mano de una conciencia constitucional de toda la comunidad política<sup>124</sup>.

Sobre las características específicas del Modelo kelseniano, austriaco o concentrado de control de constitucionalidad de las leyes, volveremos en detalle en el próximo capítulo<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> Sobre este tema volveremos más adelante.

<sup>125</sup> Ver apartado 3.5.2.3. del Capítulo III de esta Memoria. En todo caso podemos decir, por ahora, que presenta los siguientes rasgos o características: 1°.- Es un **control jurisdiccional de constitucionalidad**. 2°.- Es un control **concentrado** pues se le entrega competencia a un Tribunal Constitucional, creado especialmente para dichos efectos. 3°.- Es un control **autónomo y vía principal**, con determinados sujetos legitimados para iniciar la acción de inconstitucionalidad – El gobierno federal y el gobierno de los Länder, posteriormente los Tribunales Supremos comunes y administrativos –. 4°.- Es un control con **efectos generales, constitutivos de inconstitucionalidad** y **ex nuc**, esto es, con efectos solamente para el futuro. 5°.- Además, su principal característica es la **exclusión del juez ordinario** del control de constitucionalidad. Ver CAPPELLETTI, MAURO. “*Justicia Constitucional. Estudios de*

#### 2.3.3.4.- Desarrollo y expansión del modelo europeo de control.

##### 2.3.3.4.1.- Influencia y expansión del sistema de Kelsen.

El nuevo concepto jurídico positivo de Constitución concebido por Hans Kelsen y Franz Weyr, se plasmó en la Constitución Checoslovaca de 1919 y Austríaca de 1920 con la instauración de un órgano de control de constitucionalidad de las leyes concebido como legislador negativo, el *Tribunal Constitucional*.

Sin perjuicio de su formulación original por la Constitución de 1920, el modelo experimentó algunas modificaciones con la Reforma de 1929<sup>126</sup>, las cuales fueron en alguna medida también recogidas en su momento por Alemania e Italia<sup>127</sup>, que siguieron el modelo concentrado.

---

*Derecho Comparado*". Ob. Cit. Páginas 73-81; 89-97; 101-106. CRUZ VILLALÓN, PEDRO. Ob. Cit. Página 262 y siguientes. FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. "Evolución Histórica y Modelos de Control Constitucional". En obra colectiva "La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica". Ob. Cit. Páginas 79-81. Sobre la posición del juez ordinario en el método concentrado volveremos en el próximo Capítulo, ver apartado 3.6.1.3. del Capítulo III de esta memoria, por ahora ver también PÉREZ TREMPES, PABLO. Ob. Cit. Página 51 y siguientes.

<sup>126</sup> Las reformas de 1929 le dieron al modelo austriaco un matiz cercano, en algunos aspectos muy puntuales, al sistema difuso, como incorporar una vía incidental para plantear la cuestión de constitucionalidad de las leyes, y ampliando los sujetos legitimados para plantear la cuestión de constitucionalidad, en su origen, solamente los Gobierno de los Länder y el Gobierno Federal podían deducir una acción constitucional, luego de la reforma, además de éstos, podían accionar el Tribunal o Corte Suprema y el Tribunal o Corte Suprema administrativa. Ver CAPPELLETTI, MAURO. "Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado". Ob. Cit. Página 92.

<sup>127</sup> En ambos casos, si bien sigue siendo concentrado el sistema de control, y existe

Pero fue con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, donde la expansión y recepción del modelo austriaco en varios países del Continente Europeo dieron origen a un nuevo y auténtico sistema europeo de control de constitucionalidad, adoptado por varios países de Europa continental y también en Latinoamérica. Así es como tienen sistemas concentrados de control Alemania, con la Constitución de Bonn de 23 de Mayo 1949; Italia, desde la entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional de 1956, bajo la vigencia de la Constitución del 1° de Enero de 1948; Chipre desde 1960; Turquía desde 1963; también en Checoslovaquia, España y Portugal<sup>128</sup>, entre otros. Incluso Francia, origen de la guarda política de la constitución, conoce después de la Segunda Guerra Mundial un control –que al menos los autores de esta memoria consideran– jurisdiccional de constitucionalidad concentrado, que veremos por separado en un momento más.

El modelo concentrado también tuvo recepción en Latinoamérica. Si bien nos encontramos en estudio del modelo europeo dentro de dicho continente, por ahora queremos decir que el sistema concentrado se presenta de diversas

---

exclusión de los jueces ordinarios en ejercer un control de constitucionalidad de la ley, se incorpora dentro de las facultades de éstos, el poder de plantear directamente una cuestión de inconstitucionalidad de una ley que podrían aplicar a un caso concreto de su conocimiento, así se amplía aún más el número de sujetos legitimados para iniciar una cuestión de constitucionalidad. Ver *Ibid.* Página 93.

<sup>128</sup> *Ibid.* Página 64. En el mismo sentido FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “Evolución Histórica y Modelos de Control Constitucional”. En obra colectiva “La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”. Ob. Cit. Páginas 82 y siguientes.

formas: exclusivo en países Panamá, Honduras, Uruguay, Costa Rica, Paraguay y –para nuestro punto de vista– también Chile, y también se presenta combinado con sistemas difusos en Colombia, El Salvador, Venezuela, Guatemala, Brasil, México, Perú y Bolivia<sup>129</sup>.

2.3.3.4.2.- Evolución ulterior de la guarda política francesa y la creación del Conseil Constitutionnel.

2.3.3.4.2.1.- Generalidades del Consejo Constitucional Francés.

Hemos dicho que en Francia se dio origen a un mecanismo de guarda política de la Constitución, así como una tradición antijudicialista de control de constitucionalidad. Pero la evolución de la Justicia Constitucional en el resto del continente no deja a Francia indiferente, y en su realidad institucional se produce un crecimiento notable de un método de control de constitucionalidad, concentrado, autónomo, previo y con efectos generales a partir de la Constitución de 1958 y la creación del *Conseil Constitutionnel* (Consejo Constitucional).

---

<sup>129</sup> Volveremos sobre este punto en unas líneas más adelante. Por ahora ver BREWER-CARIAS, ALLAN RANDHOF. “La Jurisdicción Constitucional en América Latina”. En obra colectiva “Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”. Ob. Cit. Pág. 134.

Pero además, una verdadera revolución constitucional se presenta a reglón seguido por el inusitado trabajo del Consejo posterior a su creación totalmente contrapuesta con la tradicional renuencia de los jueces ordinarios por defender la Constitución.

En efecto, sumariamente podemos decir que este Consejo fue investido de la competencia para ejercer un control previo de la Constitucionalidad de las leyes. Es un control concentrado pues se entrega dicha competencia a un órgano determinado; es autónomo y por vía principal, ya que se abre un proceso especial para debatir la constitucionalidad de la ley, mediante la acción de ciertos sujetos que se encuentran legitimados para actuar. El efecto de su decisión es que el proyecto de ley no podrá ser promulgado ni podrá entrar en vigor, y será inapelable<sup>130</sup>.

En lo que respecta a si efectivamente se trata de un control jurisdiccional, bastante se ha debatido en Francia, cuya tradición de guarda política de la constitución le extraña un órgano jurisdiccional de control. en su origen, efectivamente se reconoce como un órgano más bien político cuyo fin era reforzar el Ejecutivo de la V República goullista frente al parlamento, y particularmente frente a la Asamblea Nacional, más que un órgano que ejerciera un control de constitucionalidad de leyes o garantizare derechos

---

<sup>130</sup> PEREIRA MENAUT. ANTONIO-CARLOS. *“Teoría Constitucional”*. Ob. Cit. Página 303.

fundamentales. Así se erige más como órgano jurisdiccional, como un órgano más bien político preocupado mayormente de las relaciones entre los diversos poderes del Estado<sup>131</sup>. Pero como también lo reconoce Favoreu, el Consejo Constitucional, con el devenir del tiempo, experimenta una clara evolución que lo hacen más cercano a un Tribunal Constitucional<sup>132</sup>.

2.3.3.4.2.2.- El *Bloque de la Constitucionalidad*: el aporte de la Jurisprudencia del Consejo Constitucional francés a la protección de los Derechos Fundamentales.

a).- Concepto.-

La evolución del Consejo de la que habla Favoreu, va íntimamente ligado a la creación jurisprudencial del Bloque de la Constitucionalidad.

La noción de *Bloque de Constitucionalidad*, fue utilizada por los

---

<sup>131</sup> LUCHAIRE, FRANCOIS. “*Le Conseil Constitutionnel*”. Económica. París 1980. Página 19. KNAUB, GILBERT. “*Le Conseil Constitutionnel et la régulation des rapports entre les organes de l’Etat*”. En *Reveu du Droit Public et de la Science Politique*. 1983. Número 5. Páginas 1.149 y siguientes, en concreto 1.152. FAVOREU, LOUIS. “*Le Conseil Constitutionnel régulateur de l’activité normative des pouvoirs publics*”. En *Reveu du Droit Public et de la Science Politique*. 1967. páginas 5 y siguientes. Todos ellos también citados por FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “*Evolución Histórica y Modelos de Control Constitucional*”. En obra colectiva “*La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*”. Ob. Cit. Páginas 67-68.

<sup>132</sup> FAVOREU, LOUIS. “*Le Conseil Constitutionnel régulateur de l’activité normative des pouvoirs publics*”. Ob. Cit. Página 14. Citado también en *Ibid*. Página 68.

profesores Louis Favoreu y Lôïc Philip<sup>133</sup>, para referirse al esquema diseñado por la jurisprudencia emanada del Consejo Constitucional francés (Conseil Constitutionnel), a partir de 1970. Las decisiones del Consejo –a vista y paciencia de los poderes estatales, en especial del Parlamento– duplicaba cuantitativa y cualitativamente el tamaño de la Constitución francesa de 1958, produciendo una sorprendente “revolución”<sup>134</sup>, al incorporar como normas de referencia del juez constitucional los documentos históricos de la Francia revolucionaria y republicana, reconociéndole fuerza jurídica al Preámbulo de la Constitución gaullista que declara:

*"(...) El pueblo francés proclama solemnemente su subordinación a los Derechos del Hombre y a los Principios de soberanía nacional tal como están definidos por la Declaración de 1789, confirmados y completados por el Preámbulo de la Constitución de 1946 (...)"*.

Tal revolución es explicable en razón de una Constitución, cuyo texto es exiguo, y diríamos mezquino, en cuanto a normas relativas al reconocimiento de

---

<sup>133</sup> Al respecto, ver ponencia francesa de FAVOREU, LOUIS en obra *“El Bloque de la Constitucionalidad”*. Editorial Civitas. Madrid 1991. También publicada en Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Número 5. Enero-Marzo Santiago 1990.

<sup>134</sup> Tal expresión es usada, por ejemplo, por Jean Rivero, citado por BREWER-CARIAS, ALLAN RANDOLH. *“Control de la Constitucionalidad. La Justicia Constitucional”*, en *“El Derecho Público de finales de Siglo”*. Obra colectiva. GARCÍA DE ENTIERRA, EDUARDO y CLAVELO ARÉVALO, MANUEL. Coordinadores. Editorial Civitas. Madrid. Año 1997. Página 522. También es usada por LOUIS FAVOREU en *“Los Tribunales Constitucionales”* (edición española), Editorial Ariel. Barcelona 1994. Página 107.

## Derechos y Libertades Fundamentales.

La noción de bloque de constitucionalidad viene a referirse, entonces, a los principios y reglas de valor constitucional, o más claramente, *al conjunto de normas y principios no escritos en el texto constitucional, pero que por su naturaleza e importancia se encuentran situados a nivel constitucional y cuyo respeto se impone a la ley.*

El término “bloque” nos evoca la idea de cimiento de una estructura jurídica lo suficientemente sólida, para no ser dividida o escindida, que nos evoca en definitiva, la idea de unidad, de un marco coherente y armonioso, con fuerza vinculante y aplicación directa tanto a las personas individualmente consideradas como a la actividad desarrollada por los órganos del Estado, esto es, Estado-Nación y Estado-Aparato.

### b).- Contenido del Bloque de la Constitucionalidad.

Por la razón anteriormente anotada, en relación con la pobreza casi franciscana del texto constitucional francés de 1958, la labor del Consejo Constitucional se vio enfrentada a la imperiosa necesidad de proteger una cantidad importante de derechos y libertades fundamentales no reconocidos expresamente ni contenidos tampoco en dicha Constitución. La vía para llegar a



ese objeto, fue el Preámbulo ya citado, el cual hacía referencia a los documentos históricos que pasaremos a mencionar y, a aquellos principios esparcidos en la legislación republicana que contenían derechos y libertades indiscutidos en su legitimidad democrática y social.

Esta labor creadora y revolucionaria del Consejo, puede considerarse sin temor a duda, como la etapa de oro en la jurisprudencia constitucional francesa, recién inaugurada en la Carta de 1958, labor que hizo en los hechos del articulado de esta Constitución, un conjunto normativo de similar jerarquía a alrededor de 135 artículos en lugar de los 92 contenidos parcamente en tal texto.

Con ello, y a partir del Preámbulo, el juez constitucional, sin escapar de la Constitución, hacía de este conjunto normativo, anteriormente disperso y programático, un compendio de normas y principios lo suficientemente sólido para ser llamado *bloque de constitucionalidad*.

Lo anterior, no podía implicar, sin embargo, un "gobierno de los jueces" o judiocracia a la usanza norteamericana, nacida de los esfuerzos del chief justice John Marshall en 1803 en el caso Marbury v/s Madison y que motivara entonces la protesta indignada del mismísimo Presidente Jefferson contra el juez Marshall, llamando a la Supreme Court como "la tercera cámara de

legislación"<sup>135</sup>. Pero el decano Georges Vedel, miembro del Consejo Constitucional, saldría en Francia al paso de las críticas señalando: "Toda la Constitución, nada más que la Constitución, tal parece ser el campo de las reglas aplicables por el juez constitucional francés"<sup>136</sup>.

Pues bien, el Preámbulo es también Constitución y nada impide al juez constitucional recurrir a éste. Pero también quedaba señalado que no podían considerarse como normas del bloque los reglamentos de las cámaras, las leyes orgánicas constitucionales, los tratados internacionales y los principios generales del derecho, por no haber en ellos ligazón alguna con el texto constitucional que permitiera deducir el valor constitucional de dichas normas, lo que llevaba a concluir al decano Vedel que "(...) el Bloque de la constitucionalidad stricto sensu se compone exclusivamente de textos de nivel constitucional, a saber, la propia Constitución, la Declaración, el Preámbulo y las 'leyes de la República', en la medida que sean portadoras de principios fundamentales (...)"<sup>137</sup>. Normas que están contenidas en los textos de la Constitución de 1958, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y la Declaración Universal de 1789.

---

<sup>135</sup> "(...) El tribunal como instancia suprema de todas las cuestiones constitucionales, significa someternos al depotismo de una oligarquía (...)". Protesta del Presidente Jefferson, citado por LOEWENSTEIN, KARL. *"Teoría de la Constitución"*. Editorial Ariel. Barcelona 1984. Página 310.

<sup>136</sup> Citado por FAVOREU, LOUIS. *"El Bloque de la Constitucionalidad"*. Ob cit. Página 24.

<sup>137</sup> Ibid. Página 24.

De ahí, entonces, que el contenido del bloque de constitucionalidad francés esté integrado, en conformidad al Preámbulo tantas veces citado en estas líneas, exclusivamente por:

- 1°.- Las disposiciones contenidas en los artículos 1 a 92 de la Constitución de 1958, todas de igual valor y aplicación, salvo aquellas relativas a las comunidades o colonias africanas, hoy independizadas.
- 2°.- Las normas contenidas en los artículos 1 a 17 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789.
- 3°.- El Preámbulo de la Constitución de 1946, en cuyo texto se encuentran contenidos dos elementos del bloque:
  - i.- Los derechos sociales o de segunda generación, denominados "Principios políticos, económicos y sociales particularmente necesarios en nuestro tiempo", tales como el derecho a la sanidad, a la vivienda, de huelga, etc, conjunto de derechos que viene a completar la Declaración Universal de 1789.
  - ii.- De manera marginal: Los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, extraídos de la legislación liberal

republicana anterior a la IV° República, y especialmente de la III°; leyes que consagran principios tales como la libertad de asociación, sindical, de reunión, etc<sup>138</sup>.

#### 2.3.3.5.- Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Europa y la creación de un sistema comunitario de protección.

Ya hemos dicho que el nacimiento y desarrollo del sistema europeo de control, así como la reposición de la Constitución como norma fundamental, se debe no solo al nacimiento de una guarda jurisdiccional de constitucionalidad, sino que, también, al crecimiento material o substancial de las Constituciones con la recepción cada vez mayor del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a partir de la segunda post guerra, y el nacimiento de sistemas supranacionales de protección de Derecho Fundamentales.

La importancia cada vez más creciente de limitar el poder con nuevas herramientas que tendieran a la protección, tanto interna y externa, de los derechos humanos fundamentales y de crear un sistema político auténticamente democrático es, quizás, una buena respuesta que debe buscarse en el desarrollo del constitucionalismo del siglo XX y en el derecho internacional público de mediados de siglo, para los efectos de reconocer el

---

<sup>138</sup> FAVOREU, LOUIS. *“Los Tribunales Constitucionales”*. Ob. Cit. Páginas 106 y 107.

crecimiento, no solamente en Europa sino en el resto del Globo, de la Justicia Constitucional.

Como bien señala la profesora Cecilia Medina:

*“(…) El derecho internacional de los derechos humanos se desarrolló después del término de la Segunda Guerra Mundial, como una respuesta al anhelo de la comunidad internacional de organizar el mundo de una manera tal que se hiciera difícil la ocurrencia de una catástrofe similar a aquélla a la que recién se había visto sometida. Después del paso del nacsismo, la comunidad internacional llegó a la convicción de que no era posible dejar entregado sólo a los estados la protección y el respeto de los derechos humanos, puesto que había ocasiones en que los detentadores del poder utilizaban precisamente ese poder para violarlos. Desde este punto de vista, podría decirse que **el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos es en el nivel internacional lo que el desarrollo del constitucionalismo significó a nivel nacional.** Ambos se desarrollaron con el fin de limitar efectivamente el poder de los estados, en el caso del primero substrayendo de su competencia la decisión última en cuanto al modo como los gobernantes debían comportarse con respecto a los gobernados en materia de derechos humanos. Para ello, se hacía necesario universalizar estos derechos, por una parte a través de la adopción de un catálogo universal de derechos humanos,*

*jurídicamente vinculante y, por otra, estableciendo mecanismos internacionales para controlar el cumplimiento por parte de los estados de la obligación de respetar y garantizar los derechos allí contenidos (...)*<sup>139</sup>.

De esta manera se dictan y se proclaman declaraciones de derecho, a la usanza revolucionaria del siglo XVIII, pero con un cariz sumamente diferente, que le impregna a la nueva formulación de Derechos Fundamentales un carácter que no se había visto en las viejas declaraciones. En primer término Aun cuando las declaraciones siguen siendo igualmente universales, ya no se habla de derechos dentro del ámbito del Estado sino de derechos fundamentales incluso por sobre y con presidencia del Estado. Ya no se habla de derechos civiles o políticos, sino de humanos o fundamentales, con un evidente cambio en el reconocimiento del ser humano no como simple individuo o ciudadano, investido de un mero conjunto de atributos y derechos, es *una persona dotada de dignidad*, la cual debe ser protegida y promovida por el Estado en todas sus dimensiones.

Pero sin entrar a discutir sobre el fundamento filosófico de la nueva concepción de derechos, queremos poner énfasis en que, a diferencia lo que

---

<sup>139</sup> MEDINA QUIROGA, CECILIA. Monografía *“El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Ordenamiento Jurídico Chileno”*. En obra *“Constitución, Tratados y Derechos Esenciales”*. Editado por Corporación Nacional de Verdad y Reparación. Chile. Año 1994, página 9.

ocurrió en el siglo XVIII, hoy por hoy los derechos humanos, tanto a nivel Estatal como Supraestatal, tienen todo un sistema de protección y de reparación frente a de su violación.

Por ahora nos interesa destacar que los sistemas internacionales de protección de derechos humanos tienen en Europa un buen ejemplo de un mecanismo regional de protección, el derecho comunitario europeo, el cual, a su vez, es recogido, en el ámbito interno, por cada uno de los ordenamientos jurídicos constitucionales que lo integran, al punto de reconocer, a nivel, interno la supremacía de la norma supraestatal sobre la estatal, como analogía a lo que ocurre con el derecho estatal con el federal, dentro del un Estado Federal<sup>140</sup>. Este proceso, tanto interno como externo, ha dado pie para plantear el nacimiento de una Justicia Constitucional Transnacional<sup>141</sup>.

Pero nuestra principal preocupación en esta memoria sigue siendo a nivel interno: dentro de un Estado ¿de qué forma la recepción o la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a las diferentes Cartas Fundamentales ha dado desarrollo o crecimiento al sistema de Justicia Constitucional dentro de cada Estado?. Para nuestro punto de vista, los

---

<sup>140</sup> Esta comparación entre *Federalismo* y *transnacionalismo*, también la vemos en CAPPELLETTI, MAURO. "Necesidad y legitimidad de la Justicia Constitucional". Ob. Cit. Página 633.

<sup>141</sup> Ibid. Página 635.

derechos humanos y el derecho internacional, al ser recogido en el texto de las Constituciones de los Estados, sin perjuicio de la relación con el Derecho Transnacional, es incorporado como parte no solo formal, sino que también material de la Constitución.

Los Derechos Humanos le dan fundamento a la norma constitucional, no solo el sostén lógico-jurídico que pensaba originariamente Kelsen, sino que sobre todo un soporte sustantivo y valórico: la Justicia Constitucional no solamente se preocupa de mantener la supremacía formal de la Constitución y el imperativo lógico de un ordenamiento jurídico jerarquizado, sino que más que eso es defender el *contenido* de la Constitución. Ya vimos que la defensa de la Constitución implicaba defender los fundamentos de un Estado de Derecho y del Régimen Democrático, con la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, implica además defender los Derechos Fundamentales de las personas dentro de un Estado, todo ello fundamento de la Justicia Constitucional y misión del Juez Constitucional.

#### **2.3.4.- NOTAS PARA UN MODELO EUROPEO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL: EL JUEZ CONSTITUCIONAL ÚNICO.-**

De todo lo expuesto y recorrido por Europa, desde la guarda política de la Constitución de la Francia revolucionaria, hasta la recepción del Derecho



Internacional de los Derechos Humanos en el marco de un derecho comunitario europeo, pasando por la creación de una guarda jurisdiccional de la Constitución, mucha agua ha pasado por debajo del puente. Después de los dos siglos que han transcurrido desde la revolución podemos decir que, así como existe un sistema americano de control de constitucionalidad de las leyes, existe al mismo tiempo un sistema europeo de control.

También hemos dicho que el detalle del sistema europeo lo veremos más detenidamente en el próximo capítulo a la luz de la teoría constitucional, por ahora nos interesa destacar los siguientes aspectos del control europeo, que en definitiva es el aporte de Europa al Control de Constitucionalidad de las leyes:

- a).- La tradición europea, especialmente la francesa, es reticente a entregar el poder de control a los jueces ordinarios de justicia, por ello podemos decir que es, en general y salvo algunos casos vistos, un control antijudicialista.
- b).- El modelo de control, aun cuando sea antijudicialista, es jurisdiccional pues se ejerce una verdadera función jurisdiccional constitucional que tiene por fin resolver con efectos obligatorios el problema de la constitucionalidad de las leyes.

- c).- Como consecuencia de todo ello el poder de control se entrega a un *órgano jurisdiccional especial, ah-doc*, investido con jurisdicción constitucional para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, el cual se encuentra separado e independiente del resto de los poderes del Estado y también alejado de los Tribunales Ordinarios de Justicia. El aporte del sistema europeo es la creación de los *Tribunales Constitucionales*. El juez constitucional en Europa es, además, *único*.
- d).- El control de constitucionalidad por el juez constitucional se realiza en un proceso autónomo de constitucionalidad, es decir, para determinar la constitucionalidad de una norma se abre un juicio específicamente para tales efectos, cuyo contenido se agota con la declaración de constitucionalidad.
- e).- Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son inmediatos, produce la nulidad de la norma inconstitucional, con efectos generales y pro futuro o *ex-nuc*.
- f).- El problema más grave que se vislumbra en este sistema es que en la gran mayoría de los casos existe un número determinado, a veces reducido, de sujetos legitimados para iniciar y plantear una cuestión de

inconstitucionalidad, generalmente ciertos órganos políticos, incluso tribunales de justicia, pero en caso alguno mediante una acción popular.

Así las cosas, coincidimos con la síntesis que realiza Cruz Villalón cuando mira el sistema europeo. Nos dice:

*“(...) el sistema europeo de control de constitucionalidad de las leyes se basa en un proceso autónomo de constitucionalidad ante un órgano jurisdiccional único y específico, a impulso bien de un órgano constitucional o fracción del mismo, bien de un juez o tribunal con ocasión de la resolución de un proceso pendiente, con efectos inmediatos o “generales” sobre la validez o cuando menos, la vigencia de la norma sometida a control en el supuesto de una sentencia declaratoria de inconstitucionalidad (...)”<sup>142</sup>.*

---

<sup>142</sup> CRUZ VILLALÓN, PEDRO. Ob. Cit. Página 35.

## **2.4.- DESARROLLO HISTÓRICO DE LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA.-**

### **Corte Suprema y Tribunal Constitucional en América Latina.-**

#### **2.4.1.- ANTECEDENTES GENERALES.**

El devenir de las nacientes repúblicas iberoamericanas, independizadas del dominio español y portugués en el primer cuarto del siglo XIX, poseen en su evolución constitucional influencias tanto de la *"judicial review"* norteamericana como del sistema de control político de constitucionalidad seguido por la Constitución de Cádiz de 1812 y las sucesivas cartas constitucionales de los revolucionarios franceses, además de recibir durante el siglo XX el modelo concentrado de control y, además, la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, según pasamos a ver.

#### **2.4.2.- México.**

Esta mixtura de instituciones disímiles tiene un discurso inicialmente paralelo y un curso mayoritariamente de influencia europea. Decimos

mayoritariamente, por cuanto, no es unánime la recepción de un control político de constitucionalidad en nuestros países de América Latina, aunque suelen convivir más de una vez, simultáneamente.

En efecto, y conforme a un estudio del profesor Phanor J. Eder, sobre la revisión judicial en América Latina, efectuado para la Revista Universitaria de Derecho de Ohio en 1960<sup>143</sup>, el primer texto constitucional que estableció la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes fue la Carta del Estado de Yucatán de México de 16 de mayo de 1841, que a propósito del juicio de amparo, confiere a la Corte Suprema de Justicia la facultad de:

*“(...) Amparar en el goce de sus derechos a los que le pidan su protección contra las leyes y decretos de la legislatura que sean contrarios al texto literal de la Constitución (...)” (Art. 62)<sup>144</sup>.*

Así mismo, prescribía a los jueces que:

*“(...) En la administración de justicia arreglarán los jueces sus fallos a lo prevenido en esta Constitución, prescindiendo de lo dispuesto*

---

<sup>143</sup> EDER, PHANOR J. Citado por FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “El control de Constitucionalidad en Iberoamérica: Sus rasgos generales su génesis en el siglo pasado”. En “Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano”. Ob. Cit. Páginas 30-32.

<sup>144</sup> Ibid.

*contra el texto literal de ella en la leyes o decretos del Congreso del Estado (...)*(Art. 75)<sup>145</sup>.

El juicio de amparo mexicano, se consagra a nivel federal en el Acta de Reformas a la Constitución Federal de 1824 en el año 1847, al establecer la competencia de los tribunales ordinarios de justicia para amparar a cualquier persona en el ejercicio y protección de los derechos reconocidos por la Constitución contra todo ataque emanado sea del poder ejecutivo o legislativo, sea, por último, de la Federación o de los estados, pero limitándose a impartir su protección en el caso concreto de que se trate, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que motiva su intervención. Esta última parte de la disposición llamada la “fórmula Otero” recoge su influencia en cambio de la Constitución de Cádiz de 1812.

El juicio de amparo<sup>146</sup>, se mantiene en la Constitución Federal de 1857 y perdura actualmente en la Constitución de 1917, llamada también la Constitución de Querétalo.

---

<sup>145</sup> Ibid.

<sup>146</sup> Para el profesor Héctor Fix-Zamudio “(...) el derecho de amparo debe considerarse en la actualidad como una federación de instrumentos procesales, cada uno de los cuales posee una función tutelar específica (...) Puede ser utilizado: 1) para la tutela de la libertad personal (habeas corpus), 2) para combatir leyes inconstitucionales, 3) como medio para impugnar sentencias judiciales, 4) para reclamar contra actos y resoluciones de la administración y 5) para proteger los derechos sociales de los campesinos sujetos al régimen de reforma agraria (...)”. FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR. *“La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano”*. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México 1992. Páginas 139-140. También citado por FERNANDEZ SEGADO,

Esto es reafirmado por los profesores mexicanos Jorge Carpizo, José Ramón Cossío Díaz y Héctor Fix-Zamudio<sup>147</sup>, para quienes, especial importancia reviste la influencia angloamericana en la forma cómo había sido divulgada por Alexis de Tocqueville, en *La Democracia en América*, y cuya primera edición en castellano publicada en París en 1836 se conoció en México al año siguiente, haciéndose una reimpresión de ésta en 1855, año de la convocatoria al Congreso Constituyente que elaboró la Constitución Federal dos años más tarde.

Este es un hecho no menor y a nuestro juicio decisivo, por cuanto, la Constitución de 1824, antes de las reformas de 1847, recoge simplemente el modelo de la Constitución de Cádiz, al disponer que “sólo el Congreso General podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de los artículos de esta Constitución y el Acta Constitutiva” (Art. 165), es decir, cambia completamente de modelo de control, según sea la influencia más cercana.

---

FRANCISCO. *“El Control de Constitucional en Iberoamérica”*. Ob. Cit. Pág. 34.

<sup>147</sup> CARPIZO, COSSIO Y FIX-ZAMUDIO. *“La Jurisdicción Constitucional en México”*. En obra colectiva *“La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”*. Ob. Cit. Pags. 743-756.

### **2.4.3.- Venezuela.**

Similar devenir histórico puede observarse en la trayectoria constitucional venezolana, la cual desde la Constitución de 1811 consagra el principio de supremacía constitucional, señalando que toda ley contraria a las declaraciones de derecho en ella contenidas, sea que se encuentren dictadas por la legislatura federal o provincial, será absolutamente nula y de ningún valor (Art. 199), principio reafirmado en la Carta de 1858, careciendo, no obstante, de un sistema jurídico que garantizara dichos derechos hasta la Constitución del año 1893, según da cuenta el profesor Carlos Ayala Corao<sup>148</sup>, consagrándose que las leyes que atenten contra los derechos reconocidos por la Constitución, serán “tenidas como inconstitucionales y carecerán de toda eficacia”<sup>149</sup>.

Este sistema de control de constitucionalidad, perdura en la Constitución de 1961 y mezcla el sistema concentrado de constitucionalidad a través de la Corte Suprema de Justicia y difuso por aplicación del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil que confiere dicha facultad a todos los tribunales de la República, lo que ha sido destacado por la propia Corte Suprema de Justicia de

---

<sup>148</sup> AYALA CORAO, CARLOS. *“La Jurisdicción Constitucional en Venezuela”*. En obra colectiva *“La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”*. Ob. Cit. Pág. 945.

<sup>149</sup> Ibid.



Venezuela a causa de la impugnación de un Tratado de Extradición con los Estados Unidos en 1962:

*“(...) La existencia de un control judicial de la constitucionalidad de los actos del Poder Público por parte del más alto Tribunal de la República, es tradición en Venezuela, y resulta indispensable en todo régimen que pretenda subsistir como Estado de Derecho(...)”<sup>150</sup>.*

Bajo el imperio de la Constitución de 1999, denominada *chavista*, el Tribunal Supremo de Justicia está llamado a través de su Sala Constitucional, a garantizar “la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales”, siendo “el máximo y último intérprete de ésta Constitución”, y quien “velará por su uniforme interpretación y aplicación”<sup>151 152</sup>.

<sup>150</sup> Párrafo de la sentencia pronunciada por el pleno de la Corte Suprema de Justicia con fecha 15 de Marzo del año 1962. Citado por BREWER-CARIAS, ALLAN RANDOLPH. “Control de Constitucionalidad”. Ob. Cit. Página 531.

<sup>151</sup> Ver artículo 335 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la gaceta Oficial el día 30 de Diciembre del año 1999, bajo el número 36.860.

<sup>152</sup> Artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.-

“(...) Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

- 1.- Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución.
- 2.- Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella.
- 3.- Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución.

Significativo en el nuevo régimen es la jerarquía constitucional de los Tratados, pactos y Convenciones relativas a Derechos Humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, los cuales prevalecen en el orden interno y son de aplicación inmediata y directa por los Tribunales y demás órganos del Estado, según lo dispone el artículo 23 de la nueva Constitución. Se consagra, asimismo, acciones de nulidad en contra de los actos dictados en especial por el Poder Político que violen o menoscaben los derechos fundamentales<sup>153</sup>.

- 
- 4.- Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta.
  - 5.- Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con esta Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República, antes de su ratificación.
  - 6.- Revisar en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República.
  - 7.- Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta; y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.
  - 8.- Resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál debe prevalecer.
  - 9.- Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público.
  - 10.- Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva.
  - 11.- Las demás que establezcan esta Constitución y la ley.

<sup>153</sup> El ethos constitucional de la Carta de 1999, es de un rico contenido valórico, que vale la pena destacar a través de algunas de sus normas:

#### **2.4.4.- Bolivia.**

En Bolivia, por influjo de su libertador y primer Presidente de la República que lleva su nombre, Simón Bolívar, se estableció en la Constitución Política de Bolivia de 1826, un Poder Legislativo tricameral, una de cuyas cámaras, la Cámara de Censores, quien tenía como función velar por el cumplimiento de la Constitución, las leyes y los tratados públicos por parte del órgano ejecutivo, denunciando al Senado las infracciones cometidas por dicho poder del Estado, es decir, se trataba de un órgano cuya función consistía en informar al Poder Legislativo de las infracciones constitucionales del gobierno, pero no de las cámaras. Dicha facultad fue conferida más tarde a un nuevo órgano

---

Artículo 2º.- Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Artículo 7º.- La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución.

Artículo 23.- Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Artículo 25.- Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.

Artículo 138.- Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.

contemplado en la Constitución de 1831 llamado Consejo de Estado, con igual atribución. Más tarde sería suprimido por la Constitución de 1839 y restablecido por la Norma Fundamental boliviana de 1843, bajo el nombre de Consejo Nacional, encargado de velar la observancia de la Constitución y trasladando al propio poder ejecutivo los informes en caso de infracción.

No obstante, esta circunstancia cambiara sustancialmente con la promulgación de la Constitución de 1851, la cual contempla e introduce en el sistema jurídico boliviano el control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley, al establecer que corresponde al Poder Judicial “(...) la potestad de juzgar y aplicar esta Constitución con preferencia a las demás leyes (...)”(Art. 82), lo que sería reafirmado en el texto de 1861 de un modo definitivo. La abundante proliferación de textos constitucionales –entre 1826 y 1967 unos quince textos constitucionales– hace difícil una clara sistematización del tema. Sin embargo, creemos que control jurisdiccional se afianza, no obstante, y de manera efectiva en la Constitución de 1967, atribuyendo a la Corte Suprema, la facultad de “conocer en única instancia de los asuntos de puro derecho de cuya decisión depende la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos y cualquier género de resoluciones” (Artículo 127, párrafo 5), siempre con efecto interpartes y ex post, correspondiendo al Poder Legislativo la facultad de interpretar las leyes.

En último término y por la Reforma Constitucional de 1994, se creó el Tribunal Constitucional, órgano encargado de conocer y fallar en única instancia sobre la inconstitucionalidad de las leyes, pudiendo tener efectos generales o particulares según el caso en discusión, encomendando también el control de los tratados o convenios internacionales y de los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, entre otras materias<sup>154</sup>.

#### **2.4.5.- Perú.**

En Perú, la Constitución Política de 1823 si bien partió señalando la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, encargó al poder legislativo el control de sus infracciones, sin señalar, empero, procedimiento alguno para, lo que tampoco hicieron leyes posteriores. Sólo la Constitución de 1856, de efímera existencia, señaló la nulidad de toda ley contraria a ésta. Pero como ha señalado con propiedad y acertadamente el profesor García Belaunde<sup>155</sup>, por una parte está el axioma de la supremacía constitucional y, por otro, los remedios procesales para su defensa. Esto último

---

<sup>154</sup> Sobre la evolución constitucional de Bolivia, véase HARB, BENJAMÍN MIGUEL. *“La Jurisdicción Constitucional en Bolivia”*. También FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *“La Jurisdicción Constitucional en la reforma de la Constitución de Bolivia de 1994”*. Ambas en obra colectiva, *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Ob. Cit. Págs. 333-354 y 359-383, respectivamente.

<sup>155</sup> GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO. *“La Jurisdicción Constitucional en Perú”*. En obra colectiva, *“La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”*. Ob. Cit. Pág. 831-852.

simplemente no existió sino a propósito de la reforma al Código Civil promulgado en 1936 y con la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963.

Sólo la Carta de 1979, constitucionalizó el control difuso de constitucionalidad contenido en los cuerpos legales citados, pero a su vez incorporó como órgano de jurisdicción constitucional concentrado el Tribunal de Garantías Constitucionales, ambas instituciones que mantuvo vigente la constitución fujimorista de 1993, denominando a este último Tribunal Constitucional.

#### **2.4.6.- Ecuador.**

En Ecuador, en tanto, también es posible encontrar manifestado el principio de supremacía constitucional ya en la Constitución de 1845, pero manteniendo en el Poder Legislativo, conforme había sido establecido en la Carta de 1830, la facultad de interpretar la Constitución en última instancia. Ello fue reafirmado con la creación del Consejo de Estado en virtud de la Constitución de 1851 e intentado modificar, introduciendo visos de control jurisdiccional de carácter preventivo encomendado a la Corte Suprema, en la Constitución de 1869.

El control político se mantuvo en la Constitución de 1945 y la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales el cual trajo consigo la desaparición del Consejo de Estado. Entre las facultades del Tribunal, éste podía suspender la aplicación de una ley que considerara inconstitucional y a petición de la judicatura, hasta que el Congreso dictamine acerca de ella. Pero la duración de este texto y del Tribunal de Garantías es efímera, desapareció un año más tarde, restableciéndose el Consejo de Estado.

No obstante, el Tribunal de Garantías Constitucionales se reincorporó en la Constitución de 1967 y la Constitución de 1978, hoy llamado Tribunal Constitucional, que se mantiene vigente y que fue reformado recientemente en el año 1996, pero correspondiendo aún al Congreso dictar las resoluciones de carácter definitivo en materia de leyes u otras normas consideradas inconstitucionales por el Tribunal<sup>156</sup>.

#### **2.4.7.- Uruguay.**

En Uruguay, la supremacía de la Constitución y el control político de ésta por el Poder Legislativo, a quien correspondía exclusivamente la interpretación y explicación de ésta, encuentra recogido, al igual que los países

---

<sup>156</sup> Sobre el caso ecuatoriano, véase SALGADO PESANTES HERNÁN. *“La Jurisdicción Constitucional en Ecuador”*. En obra colectiva, *“La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”*. Ob. Cit. Págs. 577-590.

ya analizados, tempranamente en por el constituyente de 1830 (Art. 152), hecho que fue reafirmado por la Constitución de 1918, siendo el control político de la constitucionalidad generalmente aceptado por los jueces de dicho país. Sin embargo, y es menester hacer presente en este punto y según destaca el profesor Steva Gallicchio<sup>157</sup>, parte de la doctrina, recogida en algunos fallos de 1848, 1874 y 1875, consideraba que la norma del artículo 152 si bien facultaba al Parlamento para interpretarla, ello no inhibía la posibilidad que los jueces declararan la inconstitucional de una ley y dejaran de aplicarla, basados en que conforme al artículo 116 del texto de 1830, todos “los jueces son responsables ante la ley de la más pequeña agresión contra los derechos de los ciudadanos”<sup>158</sup>.

No obstante esta doctrina y fallos citados, rápidamente censurada por el Poder Legislativo, constituyen la excepción que confirman la regla.

Con la promulgación de la Constitución de 1934, esta situación cambia radical y definitivamente, al establecerse en dicho texto un capítulo específico sobre la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, y cuya competencia deja radicada en la Corte Suprema de Justicia, la cual podía declarar con

---

<sup>157</sup> ESTEVA GALLICCHIO, EDUARDO G. *“La Jurisdicción Constitucional en Uruguay”*. En obra colectiva, *“La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”*. Ob. Cit. Página 897-927.

<sup>158</sup> Ibid.



efectos inter pares y a solicitud de la parte interesada o de oficio por el Juez que conociera de la causa, la inaplicabilidad de la ley en razón de ser inconstitucional, sea en su forma o contenido. Lo anterior, ha llevado a decir al profesor Gros Espiell<sup>159</sup>, que la historia de la jurisdicción constitucional de este país, puede dividirse en un antes y un después de 1934.

La actual carta vigente y décima en la historia constitucional uruguaya de 1967, suprimida tras la dictadura de 1973 y restablecida en 1985, así como sus reformas de 1988 y 1994, mantienen y refuerzan dicha institución, siendo este un sistema eficaz y de actual aplicación.

#### **2.4.8.- Brasil.**

En Brasil, y siguiendo el modelo francés de control político de constitucionalidad, la Constitución del Imperio de 1824, facultó al Poder Legislativo, tanto de la facultad de interpretar las leyes conforme a la Constitución así como de la salvaguardia y protección de ésta, estableciéndose además, por reforma constitucional de 1834, un procedimiento de naturaleza preventiva en virtud del cual, los presidentes de las provincias podían negarse a sancionar suspender una ley violatoria de sus derechos, remitiéndose dicha

---

<sup>159</sup> GROS ESPIEL, HÉCTOR. *“Las Constituciones del Uruguay”*. Citado por FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *“El Control de Constitucionalidad en Iberoamérica...”*. Ob. Cit. Página 51.

circunstancia a los Gobiernos y Asambleas Generales, que decidirían con carácter definitivo.

Este control político de constitucionalidad duraría hasta finales del siglo XIX, siendo reemplazado con la promulgación de la llamada Constitución de la República de los Estados Unidos de Brasil de 1891, la cual seguiría los pasos del constitucionalismo norteamericano de control jurisdiccional, al establecer como atribuciones del Supremo Tribunal Federal, la de garantizar la supremacía y respeto de la Constitución y de las leyes federales, garantizando en cada caso los derechos reconocidos por la Constitución.

#### **2.4.9.- Argentina.**

En Argentina<sup>160</sup> podemos reconocer un control difuso de constitucionalidad de las leyes, dentro de un marco de Estado Federal, entregado a los tribunales ordinarios de justicia, y así ha sido desde los albores de su vida independiente.

---

<sup>160</sup> HITTERS, JUAN CARLOS. *“Jurisdicción Constitucional en Argentina”*. En *“Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”*. Ob Cit. Páginas 287 y siguientes. También revisar SAGÜÉS, NESTOR PEDRO. *“Derecho Procesal Constitucional. El recurso Extraordinario”*. Ob. Cit.

Ya una sentencia de 5 de Diciembre de 1865 la Corte Suprema de dicho país los elementos centrales del control de constitucionalidad en la vecina nación:

*“(...) es elemento de nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hayan los Tribunales de Justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guarda o no conformidad con ésta y abstenerse a aplicarlas si las encuentran en oposición a ellas, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines más supremos y fundamental del Poder Judicial nacional y de una de las mayores garantías con que se ha entendido a asegurar los derechos consignados en la Constitución contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos (...)”<sup>161</sup>.*

En cuanto a su organización judicial, Argentina no difiere de los demás estados federales de otras latitudes, posee una organización judicial en cada provincia, con Tribunales Superiores o Supremos locales y una Corte Suprema Federal, el más alto órgano judicial del país. Por más está decir que no existe un Tribunal Constitucional u otros órganos que ejerzan un control concentrado

---

<sup>161</sup> Ibid. Página 289.

de constitucionalidad, salvo algunos casos, en los ordenamientos constitucionales locales o provinciales, en los que existen *acciones directas* al Tribunal Superior provincial, como la acción de inconstitucionalidad en la provincia de Buenos Aires, que funciona como control concentrado y judicial, pero sin efectos derogatorios<sup>162</sup>.

El control de constitucionalidad abarca tres ámbitos: 1°.- Toda la actividad normativa del Estado, sea a nivel provincial, sea a nivel federal. 2°.- La actividad particular de las personas y grupos a través del amparo. 3°.- La actividad del poder constituyente derivado, en la medida que las convenciones violen las reglas fijadas por el constituyente originario.

Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son Inter partes, sin que signifique la derogación de la ley inconstitucional, y sin que las sentencias de los tribunales, ni siquiera de la Corte Suprema, tal como se presenta en todos los países de tradición romanista, no son obligatorias ni vinculantes. Pero como reconocen los juristas trasandinos, existe un verdadero deber "*moral*" o institucional para acatar los fallos del máximo tribunal, y así se ha ido uniformando la jurisprudencia<sup>163</sup>.

---

<sup>162</sup> Ibid. Página 289.

<sup>163</sup> Ibid. Página 296.

Sin entrar a estudiar detalladamente el tema, dos son las principales acciones de la justicia constitucional que existen para hacer funcionar el control de constitucionalidad: 1°.- El recurso extraordinario<sup>164</sup>, para los efectos de ejercer el control de las leyes. 2°.- El amparo, para impugnar el acto lesivo de derechos fundamentales<sup>165</sup>. También se reconocen otras acciones de control de eficacia de derechos fundamentales: el habeas corpus, el habeas data y la acción meramente declarativa de inconstitucionalidad<sup>166</sup>.

#### **2.4.10.- ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN AMÉRICA LATINA.**

América latina nos muestra una riqueza en posibilidades de sistemas de control que no podemos encontrar en otros puntos del Globo. Conviven sistemas difusos y concentrados, pero no en formas originarias y puras, sino en formas *mixtas o integrales*, como diría Brewer-Carias<sup>167</sup>, *duales o paralelas* al decir de García Belaunde<sup>168</sup> o en formas *múltiples* como diría Piza Rocafort<sup>169</sup>.

---

<sup>164</sup> Ibid. Páginas 297 y siguientes. Para un estudio profundo SAGÜÉS, NESTOR PEDRO. "Derecho Procesal Constitucional. El recurso Extraordinario". Ob. Cit.

<sup>165</sup> Ibid. Páginas 299 y siguientes.

<sup>166</sup> Ver SAGÜÉS, NESTOR PEDRO. "Instrumentos procesales protectores de los Derechos en Argentina". En "Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica". Ob. Cit. Páginas 311 y siguientes.

<sup>167</sup> BREWER-CARIAS, ALLAN R. "La Jurisdicción Constitucional en América latina". En "La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica". Ob. Cit. Página 126. El profesor venezolano habla de modelos *integrales* refiriéndose a los mixtos para poner énfasis en una cobertura completa de control de constitucionalidad, de forma que no exista norma que

Más allá de determinar *un* modelo de control latinoamericano, nos inclinamos por rescatar ciertos aspectos que consideramos importantes, a la luz de las múltiples realidades institucionales:

- 1°.- Es un hecho cierto e indesmentible la existencia de un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y otros actos normativos, así como de la eficacia de los derechos fundamentales, en toda la región.
  
- 2°.- También es incontrarrestable la gran variedad de modelos de control que coexisten en América Latina, incluso aplicando soluciones impensadas en Europa o en Estados Unidos, como por ejemplo la aplicación del

---

no pueda ser sometida a control por el sistema.

<sup>168</sup> GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO. *“La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado”*. En *Lecturas Constitucionales Andinas*, de la Comisión Andinas de Juristas. Número 1. Lima 1991. Página 196. Citado por FERNÁNDEZ SAGADO, FRANCISCO. *“Control de constitucionalidad en Iberoamérica: Sus rasgos generales, su génesis en el Siglo pasado”*. Ob. Cit. Página 37.

<sup>169</sup> PIZA ROCAFORT, RODOLFO. *“Influencia de la Constitución de los Estados Unidos en las constituciones de Europa y de América Latina”*. En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* número 15. Madrid 1989. Páginas 681-682. Para este profesor además del sistema difuso y del concentrado propiamente tales, existirían sistemas **mixtos** en los cuales, aun cuando puedan existir mecanismos difusos, existe un control concentrado de constitucionalidad entregado al órgano supremo del Poder Judicial, como la Corte Suprema, con declaración de inconstitucionalidad con efectos erga omnes, como el caso de Venezuela y Costa Rica. El modelo **múltiple**, por su cuenta, sería aquél en el cual no existe síntesis entre los sistemas tradicionales, sino una yuxtaposición entre ambos modelos de control al mismo tiempo, como Perú, Bolivia y Guatemala. Citado también por FERNÁNDEZ SAGADO, FRANCISCO. *“Control de constitucionalidad en Iberoamérica: Sus rasgos generales, su génesis en el Siglo pasado”*. Ob. Cit. Página 37.

método difuso de control sin que exista en nuestra región el principio del *stare decisis*, y sin embargo funcionar como mecanismo de control.

- 3°.- Que dicha variedad se debe a la turbulenta y dolorosa historia institucional latinoamericana posterior al proceso de independencia, donde las guerras civiles, los golpes de Estado y la sucesión casi sin fin de ensayos constitucionales eran pan de cada día. Los modelos de control, cualquiera que estos fueran, y cualquiera que fueran las formas que pudieren adquirir, se incorporaban a las Cartas Constitucionales con una sola condición: si son o no eficaces para Guardar la Constitución y con ello la estabilidad institucional de los Estados Latinoamericanos, sin importar si corresponden o no al sistema originario del cual fue adquirido. Aquellos que sirvieron se han perpetuado, los que no han sido eficaces han simplemente desaparecido con la Constitución de paso.
- 4°.- Llama la atención la presencia de los jueces ordinarios en el control de constitución de las leyes en casi todos los ordenamientos, sean en modelos difusos, concentrados o mixtos, teniendo en cuenta la tradición antijudicialista europea, de origen francés, y la guarda política que se había impuesto en las primeras décadas después del periodo de independencia. Quizás una tradición judicialista anterior a la independencia, de arraigambre hispana de control judicial de los actos de

gobierno, así como el influjo del sistema americano del *judicial review*, explique en alguna medida la participación del Poder Judicial en la Justicia Constitucional como magistratura constitucional ordinaria.

- 5°.- Que en la región el federalismo, al igual que en Estado Unidos y Europa, sirvió para afianzar un sistema de control de constitucionalidad, así mismo, la necesidad de dar estabilidad institucional al Estado de Derecho y al Régimen Democrático, dentro de un ambiente institucional generalmente turbulento y precario.



## **2.5.- RECuento Y Síntesis Del Capítulo.-**

Después de haber estudiado la historia institucional de Inglaterra, Estados Unidos, Europa Continental y Latinoamérica de los últimos dos siglos, podemos, a modo de síntesis, destacar las siguientes ideas:

- 1°.- El control de constitucionalidad de la ley así como de otros actos de los poderes públicos, resulta la consecuencia lógica de reconocer el principio de Supremacía Constitucional a partir del constitucionalismo clásico del siglo XVIII. Dicho imperativo lógico se ve reforzado por el planteamiento de Kelsen a principios del Siglo XX, donde la Constitución no solamente era la norma suprema, sino la cúspide de todo el ordenamiento jurídico de donde proviene el fundamento de todas y cada una de las normas inferiores.
- 2°.- Sin embargo, a pesar del desarrollo de la Teoría Política y Constitucional, fue la historia institucional de Inglaterra, Estados Unidos, Europa Continental, y América Latina, la que aportó fundamento y contenido al control constitucional y a la defensa de la Supremacía Constitucional.
- 3°.- Así fue como históricamente la defensa jurisdiccional de la Constitución nace dentro del marco de un Estado Federal, tanto en Estados Unidos a

finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, como en Europa del siglo XX. La supremacía de la Constitución Federal sobre el resto del ordenamiento jurídico, en especial sobre las legislaciones locales o estatales, surge como necesidad para dar unidad y cohesión interna a los nacientes estados federales.

- 4°.- Al imperativo de unidad y cohesión interna, dentro de la diversidad que implica un Estado Federal, se le suma otro antecedente histórico: la búsqueda de robustecer los fundamentos del Estado de Derecho y del Régimen Democrático en tiempos de crisis del Parlamento como se vivió en Europa a principios del Siglo XX, especialmente en la primera post guerra. Ese era el sentido de los ensayos de *Weimar* en Alemania, y también la propuesta de Kelsen en Austria.
- 5°.- Pero las atrocidades del siglo XX, la Segunda Guerra Mundial y las violaciones sistemáticas de los Derechos más fundamentales de la persona por el Estado y sus órganos, dieron luz a una nueva concepción de derechos de la persona, llamados ahora fundamentales o humanos, cuyo crecimiento a nivel internacional y nacional, de ha dado a los diferentes ordenamientos constitucionales mayor contenido material o valórico, defender la Constitución significa defender los derechos humanos de las personas en un Estado.

6°.- De esta forma el crecimiento de la Constitución en contenido y fundamento, ha sobrepasado el simple imperativo lógico de supremacía sobre el resto del ordenamiento jurídico. La Constitución es norma Suprema a la cual debe ceñirse todo el resto del ordenamiento jurídico, así como también toda la actividad del Estado, sus órganos, los grupos intermedios y las personas individualmente consideradas, por las siguientes razones: Por que es la norma suprema del ordenamiento jurídico y se encuentra en la cúspide de éste. Por que la guarda de la Constitución implica dar unidad a la comunidad dentro de un Estado, no solo federal, sino en cualquier organización política, la Constitución representa los valores esenciales de una comunidad, y su defensa le cohesión y unidad a ésta. La guarda de la Constitución, además, permite fortalecer los fundamentos del Estado de Derecho, del régimen democrático, y por sobre todo, implica la defensa de los derechos humanos fundamentales de las personas dentro de un Estado.

Este conjunto de ideas es el que nos deben guiar en el resto de la memoria, en especial cuando tengamos que estudiar la Justicia Constitucional en nuestro País.

**BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO.-**

- AYALA CORAO, CARLOS. *“La Jurisdicción Constitucional en Venezuela”*. En GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO Y FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. Coordinadores, *“La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”*. Obra Colectiva. Editorial Dykínson S.L. Madrid 1997.
- BREWER-CARIAS, ALLAN RANDHOF. *“La Jurisdicción Constitucional en América Latina”*. En GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO Y FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. Coordinadores, *“La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”*. Obra Colectiva. Editorial Dykínson S.L. Madrid 1997.
- BREWER-CARIAS, ALLAN RANDOLH. *“Control de la Constitucionalidad. La Justicia Constitucional”*, en *“El Derecho Público de finales de Siglo”*. Obra colectiva. GARCÍA DE ENTIERRA, EDUARDO y CLAVELO ARÉVALO, MANUEL. Coordinadores. Editorial Civitas. Madrid. Año 1997.
- CAPPELLETTI, MAURO. *“Il controllo giudiziario de costituzionalità delle leggi nel diritto comparato”*. Editado por Giuffrè. Milán 1976. Traducido al Castellano por Fix Zamudio como *“La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado”*. Universidad Nacional Autónoma de México. Facultad de Derecho, Ciudad de México 1987.
- CARPIZO, COSSIO Y FIX-ZAMUDIO. *“La Jurisdicción Constitucional en México”*. En GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO Y FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. Coordinadores, *“La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”*. Obra Colectiva. Editorial Dykínson S.L. Madrid 1997.
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. *“Fortalecimiento constitucional de nuestra independencia judicial”*. Conferencia pronunciada por su autor en la XXVIII Convención Nacional de Magistrados del Poder Judicial. Publicado por revista Fallos del Mes, Número 479. Documento N° 18. Año XL, diciembre de 2000.
- CEA, JOSÉ LUIS. *“Teoría del Gobierno”*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago año 2000.
- CRUZ VILLALÓN, PEDRO. *“La Formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1987.
- ESTEVA GALLICCHIO, EDUARDO G. *“La Jurisdicción Constitucional en Uruguay”*. En GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO Y FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. Coordinadores, *“La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”*. Obra Colectiva. Editorial Dykínson S.L. Madrid 1997.
- FAVOREU, LOUIS en *“Los Tribunales Constitucionales”* (edición española), Editorial Ariel. Barcelona 1994.
- FAVOREU, LOUIS. Ponencia Francesa en obra *“El Bloque de la Constitucionalidad”*. Editorial Civitas. Madrid 1991.
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *“El control de la constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales, su génesis en el siglo pasado”*. En *“Anuario de Derecho”*

- Constitucional Latinoamericano*". Konrad Adenauer Stiftung. CIEDLA. Buenos Aires 1997.
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. "Evolución Histórica y Modelos de Control de Constitucionalidad". En GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO Y FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. Coordinadores, "La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica". Obra Colectiva. Editorial Dykínson S.L. Madrid 1997.
- FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR. "La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano". Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México 1992.
- GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO. "La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado". En "Lecturas Constitucionales Andinas", de la Comisión Andinas de Juristas. Número 1. Lima 1991. Página 196.
- GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO. "La Jurisdicción Constitucional en Perú". En GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO Y FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. Coordinadores, "La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica". Obra Colectiva. Editorial Dykínson S.L. Madrid 1997.
- HAMILTON, ALEXANDER. "El Federalista", Capítulo LXXVIII. Editado por el Fondo de Cultura Económica. Ciudad de México 1974.
- HARB, BENJAMÍN MIGUEL. "La Jurisdicción Constitucional en Bolivia". En GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO Y FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. Coordinadores, "La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica". Obra Colectiva. Editorial Dykínson S.L. Madrid 1997.
- HITTERS, JUAN CARLOS. "Jurisdicción Constitucional en Argentina". En GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO Y FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. Coordinadores, "La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica". Obra Colectiva. Editorial Dykínson S.L. Madrid 1997.
- KELSEN, HANS. "Teoría Pura del Derecho". Traducción al castellano de R. J. Vernengo. Universidad Nacional Autónoma de México 1981.
- LAFUENTE BALLE, JOSÉ MARÍA. "La judicialización de la interpretación constitucional", Editorial COLEX. Madrid, año 2000, página, 160 y siguientes.
- LOEWENSTEIN, KARL. "Teoría de la Constitución". Editorial Ariel. Barcelona 1984.
- MEDINA QUIROGA, CECILIA. Monografía "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Ordenamiento Jurídico Chileno". En obra "Constitución, Tratados y Derechos Esenciales". Editado por Corporación Nacional de Verdad y Reparación. Chile. Año 1994.
- PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS. "Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales". Colección Estudios N° 5. Corporación Nacional de Reparación y Conciliación. Chile. Año 1996.
- PEREIRA MENAUT, ANTONIO-CARLOS. "La Constitución Británica, es Histórica o es Historia". Revista Chilena del Derecho. Volumen 17.

PEREIRA MENAUT, ANTONIO-CARLOS. *“Teoría Constitucional”*. Primera Edición para Chile. Editorial Jurídica Conosur. Santiago Año 1998.

PÉREZ TREMPES, PABLO. *“Tribunal Constitucional y Poder Judicial”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1985.

SAGÜÉS, NESTOR PEDRO. *“Derecho Procesal Constitucional. El recurso Extraordinario”*. Editorial Astrea. 2º Edición. Volumen 1. Buenos Aires 1989.

SALGADO PESANTES HERNÁN. *“La Jurisdicción Constitucional en Ecuador”*. En GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO Y FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. Coordinadores, *“La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”*. Obra Colectiva. Editorial Dykínson S.L. Madrid 1997.

SCHMITT, CARL. *“Der Hüter der Verfassung”*. Verlag Duncker Humblot. Berlín-München 1931. Traducido al castellano como *“La defensa de la Constitución”*. Editorial Tecnos. Madrid 1983.

TOCQUEVILLE, ALEXIS DE. *“La Democracia en América”*. Traducción al castellano por D. Sánchez de Alen. Editorial Alianza. Madrid 1990.

## **CAPÍTULO TERCERO.**

### **3.- ELEMENTOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.-**

## **CONTENIDO:**

*3.1.- Recuento y Síntesis. Esquema de trabajo. 3.2.- El Conflicto Constitucional:  
3.2.1.- Nociones generales en torno al conflicto de intereses de relevancia  
jurídica y su aplicación en materia constitucional. 3.2.2.- Características del  
conflicto constitucional. 3.2.3.- Conclusiones en torno al Conflicto  
Constitucional: Necesidad de un Sistema de Justicia Constitucional eficaz para  
solucionar los conflictos constitucionales. 3.3.- Parámetros o normas de  
Referencia de la Justicia Constitucional. 3.3.1.- Cuestiones Generales. 3.3.2.-  
La Vinculación Directa de la Constitución: De una Constitución programática a  
una Constitución Vinculante. 3.3.3.- Constitución Formal y Constitución Material  
3.3.4.- Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos:  
Jerarquía de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en Chile.  
3.3.5.- Conclusiones en torno a las normas de referencia del juez  
constitucional: Constitución y Derechos Fundamentales. 3.4.- Contenido de la  
Justicia Constitucional: 3.4.1.- Ámbitos de competencia de la Justicia  
Constitucional. 3.4.2.- Materias principales: Control de Constitucionalidad de la  
Ley y el control de eficacia de los Derechos Fundamentales. 3.4.2.1.- Control  
de jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley y otras normas jurídicas de  
rango legal. 3.4.2.2.- Control Jurisdiccional de la Eficacia de los Derechos  
Fundamentales. 3.4.3.- Otras materias de la Justicia Constitucional. 3.4.3.1.-  
Enunciación. 3.4.3.2.- Conflictos de Constitucionalidad. 3.4.3.3.- Control*



*Jurisdiccional de la Cláusula de Defensa de la Democracia. 3.4.4.- El Derecho a la Tutela Jurisdiccional de la Supremacía Constitucional como fundamento y contenido esencial de la Justicia Constitucional. 3.5.- Control de la Supremacía Constitucional: 3.5.1.- Sentido y alcance del Control Constitucional. 3.5.2.- Modelos de Control: Esquema tentativo. 3.5.2.1.- Dos modelos principales: el modelo americano y modelo europeo. 3.5.2.2.- Modelo Norteamericano o Difuso de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. 3.5.2.2.1.- Concepto. 3.5.2.2.2.- Órgano de control: carácter judicial del juez constitucional. 3.5.2.2.3.- Forma en que se propone la cuestión de constitucionalidad: Control vía incidental o por vía de excepción. 3.5.2.2.4.- Objeto de control: Se aplica a la generalidad de las leyes. 3.5.2.2.5.- Extensión o profundidad del control: control formal y de fondo de la constitucionalidad de las leyes. 3.5.2.2.6.- Control en relación con la entrada en vigencia de la ley: control posterior o represivo de constitucionalidad. 3.5.2.2.7.- Por la discrecionalidad del control: Control Constitucional facultativo del método difuso. 3.5.2.2.8.- Fundamento del control difuso de constitucionalidad. 3.5.2.2.9.- “Los contrastes de tendencias”. Defecto del control difuso y medios para corregirlo: stare decisis. 3.5.2.3.- Modelo Europeo, Austriaco o Concentrado de Control Jurisdiccional de Constitucionalidad de la Ley. 3.5.2.3.1.- Concepto. 3.5.2.3.2.- Órgano que la ejerce: el juez constitucional especializado y único. 3.5.2.3.3.- Forma en que se propone la cuestión de constitucionalidad: Control vía principal o por vía de acción. 3.5.2.3.4.- Objeto*

*de control: Se aplica solamente a las leyes y actos estatales específicamente señalados. 3.5.2.3.5.- Extensión o profundidad del control: control formal y de fondo de la constitucionalidad de las leyes. 3.5.2.3.6.- Control en relación con la entrada en vigencia de la ley: control previo o preventivo y control posterior o represivo de constitucionalidad. 3.5.2.3.7.- Por la discrecionalidad del control: Control Constitucional obligatorio del método concentrado. 3.5.2.3.8.- Defecto del sistema concentrado.- La restricción al acceso a la Justicia mediante la acción monopólica en determinados sujetos. Tendencia actual en ampliar la legitimidad activa. 3.6.- Órgano de la Justicia Constitucional: El Juez Constitucional: 3.6.1.- Juez y Justicia Constitucional. 3.6.1.1.- Concepto y Generalidades. 3.6.1.2.- Tipos de Juez Constitucional: Ordinaria, Especializada y Mixta. 3.6.1.2.1.- Planteamiento. 3.6.1.2.2.- Magistratura Constitucional Ordinaria o Judicial. 3.6.1.2.3.- La Magistratura Constitucional Especializada. 3.6.1.2.4.- La Magistratura Constitucional Mixta o la mixtura del juez constitucional. 3.6.1.3.- Necesidad de un Juez Constitucional Especial y fuera del Poder Judicial. 3.6.1.4.- Legitimidad del Juez Constitucional. 3.6.2.- Juez Constitucional y Derechos Fundamentales. 3.7.- La Sentencia Constitucional. 3.7.1.- Generalidades. 3.7.2.- De los efectos de la Sentencia Constitucional. 3.7.2.1.- Efectos obligatorios de la sentencia constitucional.- 3.7.2.2.- Efectos de la sentencia constitucional en relación con la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. 3.7.2.2.1.- Generalidades. 3.7.2.2.2.- Efecto de la sentencia constitucional en el modelo difuso o norteamericano de control*

*de la constitucionalidad. a).- Efectos in casu et inter partes o relativos. b).- Efectos declarativos de nulidad de la sentencia constitucional. c).- Efectos retroactivos, ex tunc o pro praeterito. 3.7.2.2.3.- Efecto de la sentencia constitucional en el modelo concentrado o austriaco de control de la constitucionalidad. a).- Efecto general o erga omnes de la sentencia constitucional.- b).- Carácter constitutivo de la sentencia constitucional. c).- Efecto ex nunc o pro futuro de la sentencia constitucional. 3.7.2.2.4.- Necesidad de efectos generales y de uniformidad en la sentencia constitucional. 3.7.2.3.- Efectos de la sentencia constitucional en el control de eficacia de los derechos fundamentales. 3.7.3.- Sentencia Constitucional y Cosa Juzgada. 3.8.- Síntesis y Conclusiones del Capítulo.*

*“Los conceptos ‘conflicto constitucional’, ‘jurisdicción constitucional’ y ‘Constitución’ se encuentran en conexión tan estrecha que no sólo un cambio en el concepto de Constitución modifica el concepto de conflicto constitucional, sino que, también a la inversa, una nueva praxis de los procesos constitucionales y de la jurisdicción constitucional puede cambiar la naturaleza de la Constitución”.*

**Carl Schmitt.**

### **3.1.- RECUENTO Y SÍNTESIS: ESQUEMA DE TRABAJO.**

En síntesis, y ordenando un poco los diversos temas planteados al final del capítulo primero, y visto como éstos se han ido moldeando en la historia institucional de diferentes países, para tener un estudio lógico y armónico del tema, debemos desarrollar las distintas materias de la Justicia Constitucional de la siguiente forma, que será la misma que usaremos para este capítulo:

- a).- El Conflicto Constitucional.
  
- b).- Las normas de referencia o parámetro de control para resolver conflictos constitucionales. Donde haremos hincapié en tres aspectos: la vinculación directa de la Constitución, el carácter material de la misma, y la creciente recepción en ella del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
  
- c).- El contenido de la Justicia Constitucional, que no es más que estudiar los ámbitos de competencia de la Jurisdicción Constitucional en cuanto a las materias que comprende, que en síntesis, tal como se expondrá más adelante, consiste en el derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva de la Supremacía Constitucional.
  
- d).- El control de la supremacía constitucional, en la cual trataremos de entregar un esquema tentativo de todos los sistemas de control de constitucionalidad. Materia que reconocemos que debería estudiarse dentro del punto anterior, pero por su envergadura en importancia, tanto jurídica como histórica, la trataremos por separado.

- e).- El Juez constitucional, como el órgano que ejerce la función jurisdiccional constitucional, y su íntima relación con la defensa y protección de los derechos fundamentales.
  
- f).- Finalmente, el tratamiento de la sentencia constitucional, y sus efectos propios.

### **3.2.- EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL.**

#### **3.2.1.- NOCIONES GENERALES EN TORNO AL CONFLICTO DE INTERESES DE RELEVANCIA JURÍDICA Y SU APLICACIÓN EN MATERIA CONSTITUCIONAL.**

El punto de partida de todo el Derecho Procesal y del estudio de la Jurisdicción en general es, necesariamente, el estudio del conflicto de intereses de relevancia jurídica<sup>170</sup>. La necesidad de una Función Jurisdiccional en un Estado y de un Derecho Procesal que se dedique a su estudio científico, surge de la existencia de conflictos de relevancia jurídica en dicho Estado.

Como bien nos enseña un eminente maestro, el conflicto de intereses siempre estará presente en la convivencia humana<sup>171</sup>, que es inherente al ser humano y su existencia en toda organización humana resulta un hecho notorio de fácil demostración en la historia, pero al mismo tiempo siempre ha sido preocupación esencial de los representantes del Estado o de cualquier tipo de organización política, por rudimentaria que sea, la búsqueda de la solución de

---

<sup>170</sup> Ver al respecto COLOMBO CAMPBELL, JUAN. *“La Jurisdicción en el Derecho Chileno”*. Editorial Jurídica de Chile. 1991, donde se realiza un completo tratamiento al tema del conflicto y sus formas de solución, siendo el único trabajo en nuestro medio que entrega un estudio global y articulado del tema.

<sup>171</sup> Ibid. Página 1.

dichos conflictos, pues si estos quedan sin solución puede verse afectada la existencia misma de la comunidad.

Un conflicto nace cuando un sujeto siente una necesidad y no puede satisfacerla, y para satisfacerla invade el campo o el ámbito de interés de otro sujeto que se resiste, por tanto surge de una confrontación de intereses. Un conflicto tiene importancia para el Derecho cuando reviste relevancia jurídica, y ello se produce cuando un sujeto con su acción u omisión produce como resultado una infracción o un quebrantamiento en el ordenamiento jurídico.

Para la solución racional y pacífica de los conflictos de intereses se crea el proceso y la jurisdicción, dentro del marco de un Estado de Derecho, en el cual se reemplaza la fuerza y la autotutela por el proceso jurisdiccional. De tal forma que conflicto, jurisdicción y proceso van unidos lógicamente para los efectos de mantener la convivencia pacífica en una comunidad y mantener la vigencia de las normas jurídicas quebrantadas por el conflicto.

Todos estos conceptos son igualmente aplicables a la Justicia Constitucional, o mejor dicho a los conflictos que se producen por la aplicación dentro del ordenamiento jurídico de las normas constitucionales, pero reviste características especiales por la naturaleza de la norma Constitucional.



Podemos decir que el conflicto constitucional o del poder se produce al momento en que se viola la norma constitucional en cualquiera de sus ámbitos, es decir se infringe el principio de Supremacía Constitucional. El sujeto que en este caso no cumple con la norma constitucional, no es solamente el particular que se encuentran sometido a la Constitución, sino que en gran medida los mismos sujetos llamados a guardar y aplicar la Constitución y a ejercer el poder del Estado, en otras palabras, no solo los gobernados sino que también los gobernantes son los sujetos generadores del conflicto constitucional o del poder. El conflicto en muchas ocasiones se genera en la base misma del poder del Estado y, en mayor o menor medida, deja sin autoridad y legitimidad a los gobernantes, frente a los gobernados, para ejercer el poder de éste.

Por esta razón podemos decir que los conflictos constitucionales son más graves que los conflictos particulares o comunes, en el sentido que se ven involucrados, desde el punto de vista de los sujetos, los mismos detentores del poder, y son quienes, además, se encuentran autorizados para el uso de la fuerza en un Estado, por lo que si se aplica la fuerza en la solución de estos conflictos, producirá necesariamente la anarquía, guerra civil y el consecuente quebrantamiento del Estado de Derecho, quedando en entredicho su existencia misma.

No hay que olvidar, eso sí, que los particulares –entendidos tanto las personas individualmente consideradas como los grupos intermedios– también pueden ser sujetos activos de un conflicto constitucional, mediante la infracción de los derechos fundamentales señalados en la Constitución.

Ahora bien, desde un punto de vista material, es decir desde el punto del interés o bien jurídico vulnerado, el conflicto constitucional presenta un marcado carácter objetivo, en el sentido que lo que existe en el conflicto constitucional es el choque de normas constitucionales o las demás normas del ordenamiento jurídico, choque que se produce no por las normas mismas, sino por la aplicación que el interprete le da a las diversas normas en choque. De esta forma el conflicto constitucional se produce esencialmente por un problema de interpretación y aplicación de la Constitución.

### **3.2.2- CARACTERÍSTICAS DEL CONFLICTO CONSTITUCIONAL.**

De todo lo dicho, podemos concluir que el conflicto constitucional o del poder presenta los siguientes caracteres:

- a). En primer término es *objetivo y abstracto*, pues se produce por el choque de normas constitucionales con el resto del ordenamiento jurídico, cuya solución se da por una correcta interpretación y aplicación de las normas

en choque. Es objetivo o abstracto en el sentido que su solución importa más a la comunidad entera que a los casos concretos en los que se pudiera presentar, pues su solución importa reafirmar la vigencia de la Constitución y los valores que ella contiene.

- b). Es un conflicto *del poder*, pues se ubica, por la naturaleza de la norma y de los sujetos que intervienen, en la base misma de la estructura de poder del Estado, y su nacimiento produce el quebrantamiento del Estado de Derecho y pone en entredicho su existencia misma.
- c). Es un conflicto de *autoridad*, por los sujetos que se ven involucrados, ya que pierden éstos la legitimidad frente a los gobernados para seguir ejerciendo el poder del Estado.
- d). Es un conflicto que reviste *mayor gravedad* que el que se produce en otras áreas, ya que como se ubica en la base del poder del Estado, sino se encuentra una solución pacífica y racional a él, necesariamente traerá la anarquía en el ejercicio del poder y la guerra civil<sup>172</sup>, teniendo este hecho una demostración en la Historia indesmentible.

---

<sup>172</sup>

No se encuentran muy lejos de nuestra realidad múltiples ejemplos que comprueban lo afirmado, basta ver nuestra historia institucional de América Latina posterior a la emancipación, y el sin número de guerras civiles y gobiernos militares que se suceden unos a otros en la mayoría de los Estados Latinoamericanos, con las nefastas consecuencias que ello ha provocado en el desconocimiento y violación de los derechos fundamentales de las personas en nuestro continente. Al respecto se puede

- e).- La esencia del conflicto constitucional es el desconocimiento o violación de la norma constitucional por la acción u omisión de un órgano del Estado, un grupo intermedio o una persona individualmente considerada, que puede ser conceptualizada simplemente como la violación de la Supremacía Constitucional.

Muchos ordenamientos jurídicos usan, dentro de las atribuciones de sus magistrados constitucionales, algunos términos como “*contienda de constitucionalidad*”, “*cuestiones de constitucionalidad*”, “*conflictos de constitucionalidad*”<sup>173</sup>, para señalar algunas materias de la Justicia Constitucional.

Sin perjuicio que todos ellos son *conflictos constitucionales*, sus denominaciones son más bien de carácter técnico, que señalan ciertas competencias de la Justicia Constitucional. Preferimos hablar que el

---

profundizar en BRAVO LIRA, BERNARDINO, “*Poder y respeto de las personas en Iberoamérica. Siglos XVI a XX*”, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso 1989, páginas 119 y siguientes. Del mismo autor, además, “*Historia de la Instituciones Políticas de Chile e Hispanoamérica*”. Editorial Andrés Bello. 2° Edición. Santiago 1993. Donde se muestra que en el periodo de adopción del Constitucionalismo en Hispanoamérica (1811-1860), se dictaron más de ochenta constituciones en esta parte del globo, la gran mayoría sin eficacia práctica, salvo los casos de Chile y Brasil en los que se consolidó en este periodo un Estado Constitucional, los demás países solamente conocieron guerras civiles y ensayos constitucionales fracasados.

<sup>173</sup> Así por ejemplo, ver el párrafo 2, artículos 38 y siguientes, de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, número 17.997, que atribuyen a nuestro Tribunal Constitucional una serie de materias bajo el epígrafe de “*Conflictos de Constitucionalidad*”.

contenido esencial del conflicto constitucional es *la violación al principio de Supremacía Constitucional* en cualquiera de sus manifestaciones.

- f).- Los mecanismos de solución del conflicto constitucional tienen por fin, precisamente, restablecer la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma o acto en un ordenamiento jurídico.
  
- g).- Atendido el contenido de la norma constitucional, su desconocimiento implica el desconocimiento de los valores que encierra la Constitución: pierde vigencia, junto con la norma constitucional, el Estado de Derecho, el Régimen Democrático y los Derechos Fundamentales.

### **3.2.3.- CONCLUSIONES EN TORNO AL CONFLICTO CONSTITUCIONAL:**

#### **Necesidad de un Sistema de Justicia Constitucional eficaz para solucionar los conflictos constitucionales.**

Relacionando todos estos elementos podemos decir que un conflicto constitucional sin solución implica no solamente un problema formal de poderes, sino que la organización política en cuestión pierde vigencia como Estado de Derecho y quedan sin sustento real los valores y fines que dicha

comunidad considera esenciales y desea desarrollar. La existencia de un conflicto constitucional, no solamente implica la pérdida de la vigencia de la letra de la norma constitución, sino que, por sobre todo, de los valores y bienes jurídicos que se encuentran detrás de la letra de la Constitución y que le dan su sustento material. Que la Constitución pierda eficacia significa que también la pierden el Estado de Derecho, la Democracia y los Derechos Humanos.

Una comunidad política, desde la más simple y rudimentaria que sea hasta la más compleja, como lo dijimos en un principio, siempre se ve expuesta al problema de crear mecanismos para defender la dignidad y derechos de las personas en contra de los abusos de quienes ejercen el poder, si estos mecanismos no existen, o si existen y no funcionan debidamente, la única consecuencia concreta es el desconocimiento de la dignidad y derechos de las personas en dicha comunidad, lo que pone en peligro su existencia misma.

Hemos visto que la solución del conflicto constitucional de la violación de la Supremacía de la Constitución, dada en los albores del Constitucionalismo Clásico por los ilustrados del Siglo XVIII –salvo el caso norteamericano, que en todo caso no fue concebido por los racionalistas del siglo XVIII– fue el *control político* entregado a los órganos políticos del ejercicio del poder, el Parlamento y el Ejecutivo, si ello fuere insuficiente, se entrega a la comunidad el llamado *derecho a rebelión* contra el poder ilegítimo y arbitrario. Pero lo último

solamente implica la aplicación de la violencia y de la autotutela en materia constitucional, cuya consecuencia inmediata es la guerra civil y la anarquía.

La Historia nos muestra que resulta imprescindible y necesario la existencia de una solución pacífica y racional de los conflictos constitucionales. La guarda política y el derecho de rebelión no fueron suficientes para evitar la guerra y la barbarie del siglo XX. Resulta necesario un sistema de Justicia Constitucional, *jurisdiccional* y no política, en un proceso constitucional, con jueces constitucionales –sean especiales u ordinarios– independientes del resto de los poderes del Estado y cuyas decisiones sean vinculantes para todos los órganos del Estado, para los grupos intermedios y para las personas individualmente consideradas.

### **3.3.- PARÁMETROS O NORMAS DE REFERENCIA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.**

#### **3.3.1.- CUESTIONES GENERALES.-**

El problema de la norma de referencia de la Justicia Constitucional dice relación con las normas jurídicas que usará el juez constitucional como decisoria litis, es decir que aplicará al conflicto constitucional que conoce para fallar y darle solución.

Siendo labor del Juez Constitucional y objeto de la Justicia Constitucional de llevar a la práctica el principio de la Supremacía de la Constitución por sobre cualquier otra norma jurídica, debemos rápidamente concluir que la norma de referencia de la Justicia Constitucional es la Norma Constitucional o de rango Constitucional<sup>174</sup>.

Sin perjuicio de ello, la realidad no es tan simple como la aseveración planteada. En efecto, la aplicación de la Constitución como norma decisoria litis implica tener presente tres aspectos que la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada han desarrollado:

- a). El problema de la vinculación directa de la Constitución.
- b). La existencia de un conjunto de normas y principios jurídicos que no perteneciendo al texto de la Constitución tendrían materialmente rango constitucional, haciendo referencia directamente al Bloque Constitucional Francés como aporte jurisprudencial al contenido material de la Constitución.

---

<sup>174</sup> Un profesor español habla de la Constitución como “parámetro de control”, señalando que “(...) el tratamiento sistemático del control de constitucionalidad debe comenzar por la descripción de la norma que es el presupuesto de cualquier operación de control: la norma que sirve de parámetro al mismo (...) el parámetro del control es la Constitución misma (...)”. CRUZ VILLALÓN, PEDRO. Ob. Cit. Página 39.



- c). Relacionado con lo anterior, la recepción del Derecho Internacional de Los Derechos Humanos en la Constitución, lo que en Chile pone en la palestra el problema del rango constitucional de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

Estos tres aspectos, que pasaremos a estudiar a continuación, nos dan luces para reconocer la evolución que sufre el contenido de las Constituciones en la mayoría de los Estados Occidentales –incluyendo nuestra propia carta fundamental, análisis que desarrollaremos en el último capítulo de la presente memoria– y que se resumen en la idea del paso de una Constitución “formal” que concibieron los racionalistas del siglo de las luces a una Constitución “material” en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho cuyo soporte es la defensa de los derechos humanos.

### 3.3.2.- VINCULACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN:

#### **De una Constitución programática a una Constitución vinculante.**

La norma constitucional obliga directa e inmediatamente todas las personas y órganos dentro de un Estado<sup>175</sup>. Obliga tanto a los gobernantes – ejecutivo, legislativo y judicial– como a los gobernados, por lo que la vinculación directa de la norma constitucional no es más que la aplicación estricta del principio de Supremacía Constitucional.

Pero dicha aseveración –al parecer tan simple– en la práctica y en la teoría política del siglo XVIII, XIX<sup>176</sup> e incluso de buena parte del siglo XX<sup>177</sup> no

---

<sup>175</sup> Al respecto ver ponencia de la Profesora LUZ BULNES ALDUNATE. “*La Fuerza Normativa de la Constitución*” en las XXIX Jornadas de Derecho Público. Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho. Santiago Noviembre de 1998. También revisar KAZOR ALISTE, KAMEL. “*Principio de legalidad y criterios de vinculación positiva y negativa en la Constitución*”. en Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile. Volumen VIII. Valdivia. Diciembre de 1997. Páginas 91 y siguientes. También GARCÍA DE ENTIERRA, EDUARDO. “*La Constitución como norma y Tribunal Constitucional*”. Editorial Civitas. Madrid 1981.

<sup>176</sup> Véase en Capítulo II de esta misma memoria, sobre el desarrollo histórico de la tutela jurisdiccional de la supremacía constitucional, y ver el distinto camino que emprendieron Estados Unidos por una parte y Europa y Latinoamérica por otra, así fue como “(...) En los Estados Unidos, la Constitución es Sagrada y en Europa los es la ley (...)”. FAVOREU, LOUIS. “*Los Tribunales Constitucionales*”. Ob. Cit. Páginas 18 y 19.

<sup>177</sup> Recordar que en Chile, durante la vigencia de la Carta de 1925 se discutió la aplicación directa de la Constitución en torno a la existencia o no de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, a los que hace referencia directa el texto constitucional pero que no existía ley que los estableciera. La Jurisprudencia concluyó que no se

tenía eficacia en Europa y Latinoamérica, frente a los actos de gobiernos y parlamentos que consideraban a la Constitución como una mera declaración de principios sin fuerza vinculante, pues le correspondía a la ley, o al reglamento en su caso, concretar los principios y normas establecidas en la Constitución, luego es vinculante directamente para todas las personas y órganos de un Estado la ley –incluso el reglamento– y no la norma constitucional.

Era claro en Europa y en Latinoamérica que el principio rousseauiano de la infabilidad de la ley se imponía totalmente y que, por su parte, el principio de supremacía constitucional solamente era una exigencia lógica para organizar el ordenamiento jurídico sin vigencia efectiva. Esta realidad teórica y práctica se plasmaba institucionalmente en la existencia de una “guarda política” de la Constitución entregada al Parlamento o al Ejecutivo, o a ambas, sin que fuera posible concebir sistemas jurisdiccionales de control de constitucionalidad.

Mucha agua bajo el puente pasó antes que se concluyera en términos unánimes que la Constitución contiene normas jurídicas vinculantes y obligatorias para todos los órganos del Estado –Presidente de la República, Parlamento y Poder Judicial– a todas las personas y grupos intermedios,

---

podía aplicar el texto constitucional directamente sin que existiera una ley que creara los Tribunales de lo Contencioso-administrativo.

normas que pueden ser aplicadas en forma directa sin necesidad de una ley o reglamento<sup>178 179</sup>, lo cual fue de la mano a la creación de sistemas jurisdiccionales de control de constitucionalidad<sup>180</sup>.

Las consecuencias de la vinculación directa de la Constitución las podemos ordenar en las siguientes ideas generales:

<sup>178</sup> Hoy en día el principio de Supremacía Constitucional y la vinculación directa de la Constitución es de aceptación general. Así por ejemplo citamos algunas Constituciones Occidentales:

Artículo 18. Constitución de Portugal: "(...) Las normas constitucionales relativas a los derechos son aplicables y se imponen a las entidades públicas y privadas (...)".

Artículo 9.1. Constitución Española: "(...) Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (...)".

Artículo 1° de la Constitución de Alemania: "(...) La dignidad del hombre es intangible. Respetada y protegida es obligación de todo poder público. El pueblo alemán se identifica, por tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable (...)".

Artículo 6° de la Constitución Política de Chile: "(...) Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares e integrantes de dichos órganos como a toda persona institución o grupo (...)".

<sup>179</sup> Como apunta PEREIRA MENAUT, ANTONIO-CARLOS, a raíz del influyente trabajo del profesor García de Enterría, "(...) se ha difundido la idea general de convertir las constituciones en normas – contrariamente a las antiguas, de estirpe francesa, retóricas, programáticas – es una conquista y de toda es *eo ipso* jurídica, nada retórica e inmediatamente aplicable ante un juez (...)". PEREIRA MENAUT. *Teoría Constitucional*. Ob. Cit. Página 316. Así mismo ver el trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. Ob. Cit.

<sup>180</sup> Así es como a través del control constitucional de las leyes vía judicial en Estados Unidos, se concluía sin vacilación que "(...) *Las disposiciones de la Constitución no son adagios trillados ni contraseñas vacías. Son principios vitales y vivos que autorizan y limitan los poderes gubernamentales en nuestra nación (...)*". Extracto del fallo del caso Trop vs. Dulles de 1958 dictado por la Suprema Corte de los Estados Unidos y ya citado en el apartado 2.2.3.2 y en nota número 27 del Capítulo II de esta Memoria.

- 1°.- La Constitución no se hace aplicable a través de una ley. La Constitución obliga aún con presidencia del legislador a todos los órganos, grupos y personas dentro de un Estado<sup>181</sup>. Las normas constitucionales no son meros principios programáticos que deban esperar que el legislador, a través de una ley, o el ejecutivo, a través de un decreto o reglamento, deban concretarlos para darles vida. Todas las normas constitucionales, incluso los principios por abstractos y generales que sean, son normas jurídicas obligatorias para todos los órganos del Estado, para todos los grupos intermedios y personas individualmente consideradas.
- 2°.- Las normas de la Constitución, siendo normas obligatorias directas, deben ser aplicadas también por los Tribunales de Justicia en sus fallos, incluso los principios constitucionales, por muy abstractos y generales que sean, son elementos de interpretación que debe el juez de fondo aplicar como norma decisoria litis, esto es, como norma que le permita solucionar el conflicto sometido a su conocimiento<sup>182</sup>.

---

<sup>181</sup> Respecto de la interpretación de este principio en Chile, ver fallo rol n° 19, del año 1983 del Tribunal Constitucional, citado y extractado en nota al pie número 399 del Capítulo IV de esta memoria.

<sup>182</sup> Tanto es así que si en una sentencia se infringe o se viola una norma constitucional se constituiría una causal de casación en el fondo, que permitiría anular la sentencia. Ver COLOMBO CAMPBELL, JUAN. *“Los Actos Jurídicos Procesales”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1997. Tomo II. Página 493.

- 3°.- La Constitución no solamente constituye norma decisoria litis para los jueces ordinarios, sino que especialmente para los Jueces Constitucionales: la norma de referencia del juez constitucional es la Constitución, la que puede ser aplicada directamente en sus fallos.
- 4°.- La vinculación directa es una garantía de la Supremacía Constitucional, si se aplica directamente la Constitución con presidencia de las demás normas inferiores significa que esta se impone por sí sola.
- 5°.- Para que exista vinculación directa, debe existir al mismo tiempo un Sistema Jurisdiccional de Justicia Constitucional que establezca mecanismos eficaces no solamente para aplicar directamente la norma constitucional, sino por sobre todo para resolver los conflictos constitucionales que se producen por la violación de aquella, además y de la existencia de Jueces Constitucionales independientes. No existe vinculación directa sin Justicia Constitucional.

### **3.3.3.- CONSTITUCIÓN FORMAL Y CONSTITUCIÓN MATERIAL.**

Ya hemos dicho que la simple aseveración que el parámetro del Control de Constitucionalidad es la propia Constitución no es tan sencilla como aparentemente pareciera. El problema surge pues los aspectos formales de la

Constitución no constituyen la esencia del control de constitucionalidad sino que sus aspectos substanciales: su contenido<sup>183</sup>. Como bien señala Cruz Villalón:

*“(...) (son) los caracteres materiales de la Constitución los que condicionarán el sentido de la función de control: sabido es hasta qué*

<sup>183</sup>

Desde el punto de vista de la Teoría de la Constitución, se clasifica o se distingue entre la constitución formal y la constitución material: la **Constitución Material** está compuesta de aquellas normas y principios que “(...) conforme a su objetivo y su propia naturaleza (...) mira a la básica estructura del poder supremo. Es ésta la materia o substancia de lo constitucional. Tal es lo constitucional en sentido material. “Por constitución en sentido material se entiende – dice Kelsen – aquellas normas que se refieren a los órganos superiores (constitución en sentido estricto) y a las relaciones de los súbditos con el poder estatal (constitución en sentido amplio)” (...). Mientras que **Constitución Formal** es “(...) todo lo que se contiene en el cuerpo positivo fundamental, es decir, lo que, teóricamente principal o no, se inserta en el documento o documentos solemnes que lo integran (...)”. SILVA BASCUÑAN, ANÍBAL. *“Tratado de Derecho Constitucional”*. Principios. Estado y Gobierno. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1997. Página 92.

Los autores de esta monografía, en todo caso, debemos señalar, añadiendo a lo dicho por el Profesor Silva Bascuñan, que cuando hablamos de la “substancia o materialidad” de la Constitución, nos referimos a que una Constitución no se agota en la mera distribución y organización de los poderes públicos (constitución formal), sino que apunta más bien al conjunto de valores que una comunidad considera fundamentales que se encuentran recogidos en las normas y principios que constituyen el **contenido, fundamento y fin de la Constitución**, independientemente si se encuentran recogidos en el texto constitucional. Recordando nuestra definición de Constitución dada el principio de esta memoria, debemos concluir que ese conjunto de normas y principios que constituyen el contenido, fundamento y fin de la Constitución se resumen en los siguientes postulados: el reconocimiento y protección de los Derechos Fundamentales, la reafirmación del Derecho y la exclusión de la violencia, tanto en la distribución del poder o soberanía como en la solución de los conflictos de intereses de relevancia social. En este sentido concordamos con el profesor español que reconoce que el fin de la Constitución no es solamente la organización del poder, sino que “(...) es el freno o limitación del poder y la correlativa defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos (...)”. PEREIRA MENAUT. ANTONIO-CARLOS. *“Teoría Constitucional”*. Editorial Conosur Limitada. Santiago 1998. Página 44. En el mismo sentido CAPPELLETTI, MAURO, señala que la constitución “(...) aún siendo positiva, lleva a un reaceramiento del derecho a la justicia (...) en la concepción moderna la norma constitucional no es otra cosa que la tentativa (...) de transformar en derecho escrito los valores supremos (...)”. *“La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado”*. Ob. Cit. Página 111.

*punto la dificultad de implantación del control de constitucionalidad en Europa estuvo condicionada por la profunda transformación operada en el contenido de las Constituciones “del siglo veinte” respecto de “las del diecinueve” (...)*<sup>184</sup>.

Lo dicho de Europa se puede decir respecto de todos los puntos del globo y también de nuestra realidad constitucional.

Esta transformación del contenido de la Constitución pasa por el crecimiento y madurez de la comunidad políticamente organizada, para la cual ya no es suficiente la mera limitación del poder, con una estructura orgánica elemental, que establecían las Cartas del constitucionalismo clásico, sino que era necesario una Carta Fundamental que diera solución a mayores exigencias, que esencialmente consisten en reafirmar los Derechos Fundamentales de las personas, a través de mecanismos y procedimientos eficaces, frente al abuso de poder de las ramas políticas del gobierno. Este crecimiento de la Constitución va de la mano con la recepción en su texto de las Declaraciones de Derechos Humanos y además de la existencia de un Sistema Internacional de Derechos Humanos.

---

<sup>184</sup> CRUZ VILLALÓN, PEDRO. Ob. Cit. Página 40. Lo escrito entre paréntesis es nuestro.



Pero no solamente el texto de las Constituciones es el que se enriquece con las Declaraciones de Derecho y, en muchos casos, con la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino que además la Constitución crece *materialmente* desde el punto de vista de los “Principios Constitucionales” que se desarrollan a partir de su texto y que le dan fundamento, principios que también son parte de su contenido material y también tienen un rango constitucional.

El ejemplo más claro de este fenómeno es el “Bloque de la Constitucionalidad francés”, el cual ya desarrollamos y estudiamos en el capítulo anterior, como aporte de la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés al crecimiento material de la Constitución francesa. Dicho fenómeno también puede ser aplicado en otras latitudes, incluso en Chile, lo cual veremos en el capítulo siguiente.

Por ahora nos basta decir, que todos los elementos que se incorporan al contenido material de la Constitución, sean normas o principios, todos ellos al tener rango constitucional se imponen a la ley y a cualquier otro acto dentro de un ordenamiento jurídico positivo, y por cierto, son normas de referencia del juez constitucional.

### **3.3.4.- RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.**

#### **Jerarquía Constitucional de los Tratados sobre de Derechos Humanos en Chile.**

El tercer aspecto que nos permite reconocer el crecimiento material o sustantivo de la Constitución, es la recepción en la mayoría de los Estados Occidentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, más precisamente la aplicación directa de los Tratados sobre derechos humanos en los diferentes ordenamientos jurídicos, incluso con prescindencia de ser recogidos en el texto constitucional.

Este fenómeno se ve impulsado por el mayor desarrollo de los Sistemas Supranacionales de protección de Derechos Fundamentales y la creación de Tribunales Internacionales con competencia para conocer y fallar directamente causas sobre derechos humanos sin importar el Estado donde se cometen los ilícitos sancionados por las Cartas Internacionales<sup>185</sup>.

---

<sup>185</sup> Ver FIX ZAMUDIO, HÉCTOR. *“Notas sobre el Sistema Americano de Derechos Humanos”*. En *“Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”*. Ob. Cit. Páginas 167 y siguientes.

Sin embargo analizar los diversos sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos no se vincula con el problema de la materialidad de la Constitución ni es objeto de estudio de este trabajo, pues lo que necesitamos dejar en claro es que, sin perjuicio del buen o mal funcionamiento de los sistemas internacionales, en el ámbito interno, el juez constitucional puede y debe aplicar directamente los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos pues forman materialmente parte de la respectiva Constitución, y ese es el problema: ¿se puede aplicar directamente los tratados internacionales de derechos humanos aun con prescindencia de que la Constitución los haya recogido en su texto?.

Si recordamos lo ya visto en relación con la existencia de un bloque de normas y principios de rango constitucional, debemos rápidamente concluir que los tratados internacionales sobre derechos humanos, por su naturaleza e importancia substancial y valórica, son normas de referencia del juez constitucional y normas de rango constitucional obligatorias para todos los órganos y personas por el principio de vinculación directa.

En Chile mucho se ha discutido en relación con como debe interpretarse y aplicar el artículo 5° de la Constitución Política de 1980<sup>186</sup>, especialmente

---

<sup>186</sup> Ver SEANGER GIANNONI, FERNANDO. *“Consideraciones para estimar que los tratados en materia de Derechos Humanos no forman parte de la Constitución Política Chilena”*. Artículo editado en la Revista de Derecho de la Universidad católica de la

después de la reforma introducida en 1989<sup>187</sup>, y no es este el momento para zanjar definitivamente el problema, al cual tendremos que regresar al final de esta memoria<sup>188</sup>.

Por ahora nos basta señalar que, siendo coherentes con todo lo dicho, los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes son normas de rango constitucional porque el propio texto de la Constitución así lo señala, pero por sobre todo, porque los Derechos Fundamentales son parte material de la Constitución, son su contenido, fundamento y fin. Así las cosas, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en todo Estado de Social y Democrático de Derecho – incluido el de Chile– forman parte de las normas de referencia del Juez Constitucional y pueden y deben ser aplicadas por éste en la solución del conflicto constitucional que conoce.

---

Santísima Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Volumen 5, año 1996, páginas 97 y siguientes. Sin perjuicio que no compartimos la tesis de este profesor, recomendamos este artículo por el buen trabajo introductorio del problema y porque sintetiza todos los argumentos en favor y en contra de considerar de rango constitucional a los tratados internacionales. En contrario NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *“Las Constituciones latinoamericanas, tratados internacionales y los derechos humanos”*. En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Edición 2000. Konrad Adenauer Stiftung. Ciedla. Buenos Aires año 2000. Páginas 163 y siguientes.

<sup>187</sup> La ley 18.825 del 17 de Agosto del año 1989, introduce el siguiente inciso 2° al artículo 5° de la Constitución Política de la República de Chile: “(...) El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (...)”.

<sup>188</sup> Ver Capítulo IV de esta memoria.

### **3.3.5.- CONCLUSIONES EN TORNO A LAS NORMAS DE REFERENCIA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL:**

#### **Constitución y Derechos Fundamentales.-**

De todo lo dicho y relacionando la vinculación directa de la Constitución, la materialidad de la Constitución y la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, podemos concluir que la norma de referencia del Juez Constitucional presente los siguientes caracteres:

- 1°.- El juez constitucional, como norma decisoria litis en la solución de los conflictos constitucionales, puede aplicar directamente todas las normas establecidas en la Carta Fundamental, por más abstractas y generales que éstas sean, independiente si existen leyes o reglamentos que las concreten.
  
- 2°.- El juez Constitucional puede y debe aplicar “toda la Constitución”. Es decir, no solamente las normas que formalmente se encuentran establecidos en el texto de la Constitución, sino que además todo el conjunto de normas y principios no escritos en el texto constitucional, pero que por su naturaleza e importancia se encuentran materialmente situados al nivel de la Constitución. Así las cosas, no únicamente la

Constitución Formal es norma de referencia, sino que, además, lo es la Constitución material, o como hemos preferido denominar, el contenido material o substancial de la Constitución.

- 3°.- El juez Constitucional, dentro de este conjunto de normas y principios de rango constitucional, debe aplicar no solamente las emanadas en el ámbito interno, sino que además, las normas internacionales de los Tratados sobre Derechos Humanos.
- 4°.- En pocas palabras el problema de la norma de referencia del juez constitucional se reduce a reconocer el crecimiento del contenido de la Constitución<sup>189</sup>: de una Constitución meramente *programática o retórica* a una *vinculante*, y de una Constitución meramente *formal*, que se reducía a organizar los poderes públicos, a una esencialmente *material*, que reconoce como parte de su contenido, fundamento y fin, el reconocimiento y protección de los Derechos Fundamentales, la reafirmación del Derecho y la exclusión de la violencia, tanto en la distribución del poder o soberanía como en la solución de los conflictos de intereses de relevancia social, de manera tal que todas las normas y

---

<sup>189</sup> En este mismo sentido, CRUZ VILLALÓN, PEDRO. “(...) no cabe menos que subrayar el salto cualitativo, e incluso la mutación operada por la Constitución, y por extensión en la ciencia del Derecho Constitucional, como consecuencia de la acumulación de dos factores: el paso de la Constitución “orgánica” a la Constitución “material” y el paso de la “garantía política” a la “garantía jurisdiccional” de la Constitución (...)”. Ob. Cit. Página 27.

principios que digan relación con este contenido substancial tienen rango constitucional y pertenecen materialmente a ella.

De esta forma la Constitución y los Derechos Fundamentales de la persona forman una unidad jurídico conceptual inescindible.

5°.- Necesariamente la historia nos demuestra que el crecimiento del contenido de la Constitución de la forma que lo hemos anotado, fue paralelamente de la mano del crecimiento de la Justicia Constitución, tanto en la teoría como en la realidad institucional de los Estados que la aplicaban: no se puede entender una Constitución material y vinculante, sin un fuerte y consolidado sistema de Justicia Constitucional que garantice la Supremacía Jurisdiccional de la norma constitucional.

### **3.4.- CONTENIDO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.**

#### **3.4.1.- ÁMBITOS DE COMPETENCIA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.**

Recordando un poco lo señalado en relación con el conflicto constitucional y a la noción de Justicia y Jurisdicción Constitucional dados anteriormente, nos referimos a los ámbitos de competencia de la Justicia

Constitucional a los distintos tipos de materias en los que se presenta la violación del principio de Supremacía Constitucional, en resumen, las diversas materias por las cuales nace la Función Jurisdiccional Constitucional.

Estas materias, como lo veremos en el próximo Capítulo, en un principio se reducían casi únicamente al problema del Control de Constitucionalidad de las Leyes, y la mayor parte de la discusión de la Justicia Constitucional se radicaba en determinar quién y como se ejercía este control. Todo lo dicho en Estados Unidos y en Europa en relación con la Supremacía Constitucional en el Siglo XVIII, XIX e incluso buena parte del Siglo XX, decía relación exclusivamente sobre este tema.

Sin embargo de que sigue siendo materia principal, no es la única materia de la Jurisdicción Constitucional. Siguiendo al profesor Cappelletti<sup>190</sup> y Fix Zamudio<sup>191</sup> –que sigue el trabajo del primero–, reconocemos dos grandes materias o ámbitos de competencia de la Jurisdicción Constitucional: La Jurisdicción Constitucional de la Libertad, que comprende el control de eficacia de los derechos fundamentales; y la Jurisdicción Constitucional Orgánica: que

---

<sup>190</sup> CAPPELLETTI, MAURO. *“La Justicia Constitucional. Estudios de derecho comparado”*. Ob. Cit.

<sup>191</sup> FIX ZAMUDIO, HÉCTOR. Citado por SAGÜÉS, NESTOR PEDRO. *“Derecho Procesal Constitucional. El Recurso Extraordinario”*. Ob. Cit. Página 13.



comprende los demás conflictos de poder, incluyendo el Control de constitucionalidad de las leyes y otros actos normativos.

Sin perjuicio de lo anterior, podemos reconocer otras materias que no tendrían lugar en el esquema anterior, como por ejemplo la Protección de la Democracia Constitucional, y otras de las que seriamente se discute si pertenecen a la Justicia Constitucional, como lo contencioso político –el juicio político– o el contencioso electoral.

En este apartado no desarrollaremos en detalle cada una de estas materias ni abordaremos profundamente cuales de ellas efectivamente pertenecen a la Justicia Constitucional y cuales no, pues exceden el objeto de esta memoria, además que bastante ya se ha escrito sobre cada una de ellas<sup>192</sup>.

Lo que sí nos interesa es tratar dos cosas: En primer término diferenciar las dos materias principales de la Justicia Constitucional –el control de constitucionalidad de las leyes y de otros cuerpos normativos y el control de eficacia de los derechos fundamentales– del resto de las materias que la integran –Control jurisdiccional de la cláusula de protección de la Democracia y

---

<sup>192</sup> Al respecto recomendamos revisar la extensa bibliografía citada en la nota número 19 del Capítulo I.

demás conflictos de constitucionalidad–, dejando al final algunas palabras para otras materias como lo contencioso electoral y lo contencioso político. En segundo lugar, luego de todo ello, nos interesa demostrar que todas estas materias –las principales y las otras– tienen como origen la violación de la Supremacía Constitucional, y tienen su fundamento en la necesidad de enjuiciar toda la actividad del poder y reafirmar dicha supremacía constitucional como soporte del Estado de Derecho y garantía de los Derechos Fundamentales. Así terminaremos este apartado proponiendo como materia esencial de la Justicia Constitucional, que le sirva de fundamento y que además se constituye a sí mismo como derecho fundamental, la Tutela Jurisdiccional de la Supremacía Constitucional, y así se desarrollará en los tres siguientes apartados.

### **3.4.2.- MATERIAS PRINCIPALES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL:**

**Control de Constitucionalidad de la Ley y el control de eficacia de los Derechos Fundamentales.**

#### **3.4.2.1.- Control de jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley y otras normas jurídicas de rango legal.**

Es la primera materia que histórica y teóricamente dio el inicio al estudio de la Justicia Constitucional. Desde el momento mismo de la dictación de las primeras constituciones liberales en el siglo XVIII, saltó a la palestra el problema del control de las leyes frente a la norma constitucional, como lo vimos en detalle en el Capítulo pasado, la historia nos muestra el arduo y nunca pacífico debate sobre el tema, tanto en Europa, Estados Unidos, Latinoamérica y también en Chile<sup>193</sup>.

Lo que nos interesa destacar a esta altura del trabajo son tres aspectos: En primer término que el problema se centra en el control de constitucionalidad de las *leyes* y no de otras normas de rango inferior. Por otra nos interesa dejar

---

<sup>193</sup> Ver Capítulo II para el caso norteamericano, europeo y latinoamericano y primera parte de capítulo IV para el caso chileno.

en claro que el control de las leyes como materia de la Justicia Constitucional, es de carácter *jurisdiccional* y no político.

En efecto, el primer aspecto dice relación con *objeto de control*: la ley. Mejor dicho de los preceptos legales, esto es, de todas las normas jurídicas con rango o jerarquía de ley<sup>194</sup>. Las demás normas jurídicas que se ubiquen por sobre esta jerarquía –como la Constitución misma o las leyes de reforma de la Constitución– como las de inferior jerarquía –como los decretos y reglamentos dictadas por el ejecutivo– escapan de este objeto de control. Por cierto que existen métodos de control de constitucionalidad de estas normas que no tienen rango legal, en algunos casos serán asimiladas al mismo control de constitucionalidad de las leyes<sup>195</sup> y en otros se confiarán al ámbito del Derecho Administrativo<sup>196</sup>. Este alcance es importante toda vez que en las

---

<sup>194</sup> Sobre este aspecto podemos señalar que en Chile tendrían el carácter de precepto legal las siguientes normas jurídicas: a).- Leyes orgánicas constitucionales. b).- Leyes de quórum calificado. c).- Las leyes ordinarias o propiamente tales. d).- Los Decretos con Fuerza de Ley. f).- Los Decretos leyes. g).- Los indultos generales y admistías. h).- Los Tratados Internacionales, aun cuando en nuestro medio se discute el rango legal o constitucional de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. A este punto volveremos con más detalle en el Capítulo IV en relación con el control de la constitucionalidad de las leyes en Chile.

<sup>195</sup> Como es en el caso chileno de control de constitucionalidad de las leyes que realiza el Tribunal Constitucional respecto de las reformas constitucionales, las leyes interpretativas de la constitución y, de acuerdo a nuestro criterio, respecto de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Ver apartado 4.2.2. del Capítulo IV de esta memoria.

<sup>196</sup> En Chile sería el caso del control de legalidad y constitucionalidad que realiza la Contraloría General de la República en la toma de razón de los decretos resoluciones dictados por el Presidente de la República, en virtud del artículo 87 y 88 de la Constitución Política de la República de 1980.

próximas líneas hablaremos de los métodos y sistemas de control, que se crearon particularmente para realizar el control de la ley y no de otras normas de diferente jerarquía<sup>197</sup>.

El otro punto que queremos tocar en este momento es el, después de un lento y arduo desarrollo histórico institucional, el control de constitucionalidad de las leyes, en estos momentos, se impone como control de carácter *jurisdiccional* y no *político* de constitucionalidad, no porque éste ya no exista, sino que simplemente queda fuera del ámbito de la Justicia Constitucional<sup>198</sup>. Por ello, el objeto de estudio es el control “jurisdiccional” de constitucionalidad de las leyes y otras normas jurídicas de rango legal.

---

<sup>197</sup> De esta forma no podemos concluir que en Chile no existe un sistema concentrado de control de constitucionalidad de la ley, de doble judicatura, pues hay muchos órganos que velan por la constitucionalidad de normas jurídicas de rango inferior a la ley, como es el caso de la Contraloría General de la República.

<sup>198</sup> Un profesor con razón apunta: “(...) El control de constitucionalidad, en el sentido en el que aquí lo entendemos, es el llevado a cabo, no por cualquier cauce y a través de cualquiera de los órganos estatales, sino precisamente el que surge con los caracteres propios de la función jurisdiccional. No es, por tanto, a nuestros efectos, control de constitucionalidad el llevado a cabo por los distintos agentes que intervienen en el proceso de aprobación de la norma con anterioridad a su entrada en vigor: las cámaras legislativas cuando aprueban la ley, el jefe de Estado con ocasión de su promulgación, eventualmente incluso el pueblo soberano llamado a pronunciarse sobre ella. Este “autocontrol” previo, explícito o implícito, que puede ser designado como “garantía política” de la Constitución (...) queda también fuera de nuestro estudio. Como también queda fuera el control *técnico*, también previo al nacimiento de la norma, llevado a cabo por órganos consultivos, usualmente vinculados al Ejecutivo, sin carácter vinculante (...)”. CRUZ VILLALÓN, PEDRO. Ob. Cit. Página 28.

### **3.4.2.2.- Control Jurisdiccional de la Eficacia de los Derechos Fundamentales.-**

Con la Revolución Francesa del siglo XVIII, surgieron con fuerza, conjuntamente con las Constituciones escritas, las Declaraciones Universales de Derechos Civiles y Políticos como insignia de los nuevos tiempos.

Como reflexiona Pérez Tremps:

*“(...) La Constitución y, sobre todo, la Declaración de Derechos son la expresión racionalizada de la renovación del contrato social de Rousseau y del Derecho Natural, y nacen investidos de la superioridad con que cuenta éste (...)”<sup>199</sup>.*

Pero al igual que el control constitucional en general, los constitucionalistas clásicos solamente se quedaron con buenas intenciones con relación a las declaraciones de derechos, sin que se crearan mecanismos eficaces para proteger los derechos que con tanta fuerza se proclaman en esta época.

---

<sup>199</sup> PÉREZ TREMP. PABLO. Ob. Cit. Página 24.

Salvo el caso del *judicial review*, la guarda política de la Constitución, imperante en casi todo el globo, dejó la protección de los derechos de las personas prácticamente a la buena disposición de los órganos políticos.

Solamente después que ocurrieran los horrores de las dos guerras mundiales, con el atropello de la dignidad de las personas, surgen con mayor fuerza que hace dos siglos las declaraciones universales de derechos, pero ahora con otro matiz. Hablamos hoy de derechos humanos, anteriores al Estado y con una pretensión de universalidad. Ya hemos dicho que no entraremos al debate en torno al fundamento filosófico de la nueva concepción de derechos, solamente queremos rescatar el reconocimiento de la dignidad de la persona en todas sus formas a través de los derechos fundamentales.

También rescatamos el gran desarrollo del sistema internacional de derechos humanos que nació conjuntamente con las nuevas declaraciones. A diferencia de lo que ocurrió después de la Revolución Francesa, hoy a la declaración de derechos se le suma todo un aparataje jurídico que permite tener instrumentos que busquen la eficacia real de los derechos y que no queden como una mera declaración de principios.

Sin perjuicio que las Constituciones desde su origen, en medio de las revoluciones burguesas, siempre habían reservado un lugar para las

declaraciones de derechos, solamente con la recepción de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las cartas fundamentales crecen materialmente con el nuevo contenido valórico que poseen, y crecen también en instrumentos y procedimientos para darles protección y eficacia.

Con la incorporación en los ordenamientos constitucionales de acciones para el control de la eficacia de los Derechos Fundamentales, entregadas al conocimiento de jueces constitucionales, a través de procedimientos rápidos y eficaces, en el ámbito interno se configura, junto el control de constitucionalidad de las leyes, como una de las materias esenciales de la Justicia Constitucional.

Pero al mismo tiempo tenemos que notar las diferencias esenciales que esta materia tiene con el control de constitucionalidad de las leyes, por lo que las características para su control de su eficacia son muy diferentes al control de la constitucionalidad de la ley.

El control de eficacia de derechos fundamentales se ejerce en realidad sobre todo acto –acción u omisión– que se pueda producir dentro del Estado, sea por los órganos de éste, sea por grupos intermedios, sea también por los particulares individualmente considerados.



La labor del juez constitucional que conozca y resuelva el conflicto que importe desconocimiento a un derecho fundamental, debe tener en cuenta un antecedente extra que tenía a la vista en el control de la constitucionalidad de las leyes: la rapidez de su actuación. La acción de la justicia constitucional perderá toda eficacia si no es expedita y rápida, por lo que, a diferencia del control de leyes, el acceso directo a la Justicia Constitucional, con un amplio espectro de legitimados para accionar, conjuntamente con procedimientos breves y fallos rápidos son de la esencia en el control de eficacia de derechos fundamentales.

### **3.4.3.- OTRAS MATERIAS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.-**

#### **3.4.3.1.- Enunciación.-**

Fuera de las dos materias principales que hemos señalado, podemos reconocer como materias de la Justicia Constitucional a los denominados genéricamente *Conflictos de Constitucionalidad* y al *Control Jurisdiccional de la Cláusula de Protección de la Democracia o Democracia Militante*.

### **3.4.3.2.- Los Conflictos de constitucionalidad.-**

Bajo esta denominación la doctrina agrupa a una serie de materias que tradicionalmente se incorporan a la Justicia Constitucional y a la competencia de los jueces constitucionales. A pesar de que todas las materias estudiadas en este apartado implican un “conflicto constitucional” en los términos expuestos al principio de este Capítulo<sup>200</sup>, esta denominación como una materia de la Justicia Constitucional es evidentemente técnica, y ha recibido otras denominaciones similares como conflictos de competencia, conflictos de jurisdicción, cuestiones de constitucionalidad y otras, pero todas ellas apuntan a lo mismo.

Esta materia esencialmente se refiere a conflictos de competencia entre los distintos órganos del Estado –ejecutivo - parlamento– cuyo antecedente es el control de los conflictos de competencia entre los estados y la federación en los Estados Federales.

Sin perjuicio de ello, es posible encontrar otro contenido a esta materia. A parte del contenido propio ya mencionado, se incorporan en esta categoría todos los demás conflictos constitucionales que son entregados al

---

<sup>200</sup> Ver nota al pie número 173 y apartado número 3.2.2. de este mismo Capítulo.

conocimiento del juez constitucional y que no pueden encuadrarse en otra categoría. Vela decir que esta materia también tiene un contenido residual.

#### **3.4.3.3.- Control Jurisdiccional de la Cláusula de Protección de la Democracia.**

La defensa de la Constitución y un sistema jurisdiccional de Justicia Constitucional sirve –además de los demás fines que pudiéremos reconocer– para reforzar los cimientos del Estado de Derecho y el Régimen Democrático en tiempos de crisis. Ese fue el sentido de la creación de los Tribunales Constitucionales en Austria y en Alemania en la primera post guerra. Así que no resulta extraña que la Justicia Constitucional aborde esta materia como propia, pues uno de los fines es, precisamente, defender el Estado de Derecho y la Democracia.

Pero lejos de estos fines generales que podemos reconocer en la Justicia Constitucional, en esta materia de Protección de la Democracia se concreta un problema mucho más puntual. Reforzar la Democracia mediante el Derecho es una cosa, pero proteger este régimen atacando y reduciendo a sus posibles agresores es otra cosa.

El antecedente histórico resulta claro. En Alemania grupos políticos e ideológicos ejerciendo libremente los derechos consagrados en la Constitución de *Weimar*, llegaron al poder y destruyeron el Estado de Derecho así como el Régimen Democrático, con las consecuencias por todos conocidas. Así el problema que nos presenta la materia de la Protección de la Democracia, Democracia Militante o Combativa<sup>201</sup> –*Streibare Demokratie*– es el siguiente: ¿Qué personas o grupos de personas, mediante el uso de los derechos y libertades consagradas constitucionalmente, tienden a la destrucción de la Democracia?<sup>202</sup>, y una vez determinado ello, ¿de qué forma se deben reducir dichos grupos o personas?.

El problema esencial radica en ello, pues si existen grupos que pretenden la destrucción de la Democracia por la vía violenta, el ordenamiento jurídico tiene otras medidas de protección, pero no así cuando la destrucción del régimen democrático se realiza mediante la vía pacífica, usando los mismos medios que la democracia entrega a las personas para actuar políticamente. Esa circunstancia ocurrió en Alemania antes que el nazismo llegara al poder, el carácter *neutro* de la Democracia permitió su propia destrucción<sup>203</sup>.

---

<sup>201</sup> Los términos señalados son usados a partir del trabajo del Tribunal Constitucional Alemán. También usados por RIBERA NEUMAN, TEODORO. *“La defensa de la Democracia en Alemania Federal. Un análisis histórico jurídico”*. Instituto de Ciencia Política de la Universidad de Chile. Santiago 1985.

<sup>202</sup> Ibid. Página 7.

<sup>203</sup> Ibid. Página 8.

La solución Alemana fue entregar dicha competencia al Tribunal Constitucional, quien en la década de los años 50 declaró inconstitucionales a los partidos comunista y nacionalsocialista, creando el concepto de Democracia Combativa o Militante, frente a la neutralidad democrática existente anteriormente.

Reflexiona Ribera Neuman:

*“(...) Esta (la Democracia Combativa) permite interpretar correctamente las disposiciones constitucionales y captar que tienen por finalidad la defensa de la democracia mas no la imposición de sus postulados. Una democracia combativa o militante no es una nueva democracia. Es sólo una democracia que reconociendo la importancia de sus valores, principios y técnicas sociales se considera con el derecho y el deber de defenderse contra aquellos que buscan su destrucción (...)”<sup>204</sup>.*

Sin perjuicio los claros postulados y la experiencia histórica alemana que lo fundamenta, este tema tiene otra cara, por la cual ha sido duramente criticado. En efecto, si hay que determinar grupos o personas que atentan contra la Democracia usando los mismos medios pacíficos que esta entrega, se

---

<sup>204</sup> Ibid. Página 9-10. Lo escrito entre paréntesis es nuestro.

termina inevitablemente atacando ideas políticas antes que estas se lleven siquiera a la práctica. Llevar al extremo el control de la Cláusula de Protección de la Democracia por el Juez Constitucional, llevaría también a desfigurar los mismos derechos que intenta proteger y a limitar demasiado la libertad de las personas. Igual crítica se hace a los últimos fallos del Tribunal Constitucional Alemán<sup>205</sup>.

Para nosotros el ejercicio de este control de constitucionalidad para efectivamente cumplir con su objeto, debe ser llevado a cabo por un Juez Constitucional, con verdadera conciencia democrática, y a la vez sumamente legitimado en sus funciones ante la comunidad, ya que las decisiones que tome en el fallo de los conflictos constitucionales presentados por esta materia a su conocimiento, tienen un marcado y profundo efecto político<sup>206</sup>.

---

<sup>205</sup> KATZ, ALFRED. *Grundkurs im Öffentlichen Recht I*. Heidelberg 1983. Página 69, y los autores ahí indicados. Citado en *Ibid.* Página 46.

<sup>206</sup> Sobre el tema de la legitimidad y el carácter político de la función del juez constitucional, volveremos en unas líneas más, ver apartado 3.6.1.4. de este mismo Capítulo. Sobre la legitimidad en Chile del Tribunal Constitucional para ejercer este control de constitucionalidad, los veremos en el Capítulo IV de esta memoria.

#### **3.4.4.- EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL COMO FUNDAMENTO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.**

Cuando iniciamos el Capítulo, al referirnos al conflicto constitucional, señalamos que sin perjuicio las diversas formas en que podría plantearse, su esencia es que implica una violación al principio de Supremacía de la Constitución, su solución significa su reposición. Así lo creemos si revisamos las diferentes materias de la Justicia Constitucional.

La idea que subyace en todas ellas, en el control de constitucionalidad de las leyes, en la eficacia de los derechos fundamentales, o bien en la protección de la democracia, es la reafirmación del principio de Supremacía Constitucional en todos los ámbitos en que la norma constitucional tiene aplicación. Esta reafirmación no se realiza mediante el uso de la fuerza, o de métodos políticos ineficaces, sino que se realiza mediante el funcionamiento del sistema de Justicia Constitucional, a través del ejercicio de la jurisdicción constitucional, por un juez investido de la competencia necesaria y suficientemente independiente del resto de los órganos del Estado, en un proceso constitucional cuyos efectos serán obligatorios y vinculantes para toda la comunidad.

Por ello es que hemos reconocido que la Guarda o Tutela Jurisdiccional de la Supremacía Constitucional es la materia esencial de la Justicia Constitucional, es su fin y su fundamento, como en la historia y en la teoría ha quedado demostrado.

### **3.5.- CONTROL DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.**

#### **3.5.1. SENTIDO Y ALCANCE DEL CONTROL CONSTITUCIONAL.**

Comenzamos en apartado anterior hablando de que el control de constitucionalidad de las leyes fue el origen del desarrollo posterior, en la teoría y en la realidad institucional de los diferentes Estados, de la Justicia Constitucional. Fue en torno a este tema que se abrieron los fuegos a ambos lados del Atlántico para determinar, en una discusión siempre ardua y nunca pacífica, quién y cómo se realizaría el control de constitucionalidad de las leyes. La respuesta a ese dilema se manifestó en los diversos sistemas de control, cada cual inspirado en una propia visión de la Constitución y de la misión de los diversos poderes del Estado, tal es la importancia teórica e histórica de esta materia, así como tal es la literatura jurídica que se ha abocado a su estudio, que estimamos pertinente estudiarla separadamente.



En las próximas líneas pasaremos a referirnos, en términos generales y con un afán más bien esquemático<sup>207</sup>, a los diversos modelos de control, pero previamente hay que tener presente algunas precisiones.

Para estudiar en forma completa los modelos de control, hay que tener en cuenta la existencia de una serie de ámbitos o “complejos” sobre los cuales debe sistematizar nuestro estudio. El profesor Cruz Villalón<sup>208</sup>, reconoce por lo menos seis: a).- El parámetro de control. b).- El objeto de control. c).- Las manifestaciones de la inconstitucionalidad. d).- El órgano de control. e).- La legitimación y procedimiento de control. f).- Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Cada modelo de control debe ser examinado a la luz de estos seis aspectos, y no solamente respecto del órgano que ejerce el control, como tradicionalmente se hace.

En este mismo sentido, Cappelletti<sup>209</sup>, nos habla de una serie de “criterios” para estudiar los modelos de control, que podemos, en términos generales, equiparlos y complementarlos a los diversos aspectos señalados

---

<sup>207</sup> El objeto de esta memoria sobre este punto es proponer un esquema global de todos los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes más que el tratamiento lato y detallado de cada uno de ellos, habida cuenta la abundante literatura sobre ellos, pero al mismo tiempo, la falta de un hilo conductor al respecto.

<sup>208</sup> CRUZ VILLALÓN, PEDRO. Ob. Cit. Página 39.

<sup>209</sup> CAPPELLETTI, MAURO. “*Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado*”. Ob. Cit. Páginas 59 y siguientes.

por Cruz Villalón. En efecto Cappelletti, nos propone analizar los modelos de control sobre la base de los siguientes criterios o perfiles: a).- Criterio “subjetivo” u “orgánico”, por el órgano que ejerce el control. b).- Criterio “modal”, por la forma en que la cuestión de constitucionalidad es planteada y resuelta. c).- Criterio “funcional” por los efectos de la sentencia que resuelve el conflicto constitucional. d).- Criterio “técnico procesal”, por las características del procedimiento en el cual se ventila el conflicto constitucional. e).- Criterio de “penetración o amplitud” de control.

Tomando el aporte de estos dos profesores, podemos decir que, tanto el problema de la norma de referencia como el problema de los efectos de la sentencia, hemos creído pertinente tratarlos separadamente<sup>210</sup>, por otra parte, todo lo relacionado con los procedimientos constitucionales no será estudiado en esta memoria<sup>211</sup>. El resto de los criterios señalados, y otros que consideramos pertinentes incorporar, los trabajaremos de la siguiente forma:

a).- En primer término reconocer que los modelos se distinguen por el *órgano* que ejerce el control de constitucionalidad<sup>212</sup>.

---

<sup>210</sup> Ver apartados 3.3. y 3.7. respectivamente de este Capítulo.

<sup>211</sup> Revisar el objeto de estudio de esta memoria y la razón de la exclusión del estudio de los procedimientos constitucionales en este trabajo en el apartado 1.3.1 del Capítulo I.

<sup>212</sup> Por cierto que el estudio del “órgano” de la Justicia Constitucional, como el que ejerce la función jurisdiccional constitucional, se estudiará separadamente en las próximas líneas, solamente hablamos ahora del órgano de control para los efectos de distinguir

- b).- Los modelos de control también se distinguen por el *modo o forma* en que el conflicto constitucional de plantea y resuelve, estudiando derechamente el problema de la *legitimidad* para ser el sujeto que provoque el control de constitucionalidad.
- c).- Los modelos de control se distinguen por el *objeto* de control, en el sentido si abarcan todas las leyes o solamente algunos tipos de leyes. Al respecto cabe tener presente que el control de constitucionalidad y los modelos de control en los que aquél se plasma, dicen relación a la constitucionalidad de la *ley* y no de otras normas de jerarquía distinta a la ley, ya nos referimos a esta precisión que nunca hay que olvidar, remitiéndonos a lo ya expuesto<sup>213</sup>. Así como tampoco se puede aplicar a las otras materias de la Justicia Constitucional –eficacia de derechos fundamentales, protección de la democracia, conflictos de constitucionalidad– las cuales por cierto también implican un “control de la constitucionalidad” en sentido lato, pero no se ubican dentro del tema de los modelos de control que trataremos en este punto.
- d).- Los modelos de control también se distinguen por la *extensión* del control o, dicho de otra manera, por *las manifestaciones de*

---

por éste criterio los diferentes modelos de control.

<sup>213</sup> Ver apartado 3.4.2.1. de este mismo Capítulo.

*inconstitucionalidad que el control de constitucionalidad abarca.*

Particularmente el problema si el control abarca la constitucionalidad de fondo, de forma o ambas.

- e).- Por último también podemos distinguir los modelos, si en control se realiza antes de la entrada en vigencia de la ley o posterior a su entrada en vigencia.

### **3.5.2.- MODELOS DE CONTROL: ESQUEMA TENTATIVO.**

#### **3.5.2.1.- Dos modelos principales: el modelo americano y modelo europeo.**

Aplicando los criterios señalados anteriormente, tenemos que los diversos modelos de control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley se reducen a dos grandes modelos: el modelo norteamericano o difuso de control y el modelo europeo o concentrado de control.

### 3.5.2.2.- Modelo Norteamericano o Difuso de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes.

#### 3.5.2.2.1.- Concepto.

El sistema norteamericano o **difuso** es aquel en el cual *el poder de control corresponde a todos los órganos judiciales de un ordenamiento jurídico dado*<sup>214</sup>. Lo ejercen los *jueces ordinarios cualquiera que sea su rango o jerarquía*, cualquiera que sea el juicio donde se ventile la cuestión de constitucionalidad, generalmente por vía *incidental, represivo* y con efectos *inter pares*<sup>215</sup>.

#### 3.5.2.2.2.- Órgano de control: carácter judicial del juez constitucional.

Esta primera gran división se realiza en virtud del criterio *orgánico*, esto es, por el órgano que realiza el control de constitucionalidad de la ley. En este tipo de control, no existen ni órganos especializados para conocer y fallar los conflictos constitucionales provocados por la inconstitucionalidad de la ley y

---

<sup>214</sup> CAPPELLETTI, MAURO. “*La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado*”. Ob. Cit. Página 60.

<sup>215</sup> Ibid. También ver BREWER-CARIAS, ALLAN R. “*Jurisdicción Constitucional en América Latina*”. En “*Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*”. Ob. Cit. Página 124. También ver PEREIRA MENAUT. ANTONIO-CARLOS. “*Teoría Constitucional*”. Ob. Cit. Página 301.

cualquier juez común, sin importar jerarquía, tiene dentro de su competencia el poder de dejar de aplicar la ley por estimarla contraria a la Constitución. Dejamos en claro, en todo caso, que es este tipo de sistema existe juez constitucional, solo que es el mismo juez ordinario que al mismo tiempo es magistratura constitucional ordinaria<sup>216</sup>. Esto se condice con la estructura de la judicatura en los países del common law, en el sentido de no separar los tribunales por materia, todos los tribunales de justicia son competentes para conocer de todos los asuntos. No hay tribunales especiales de ningún tipo, todos son comunes.

En este sentido podemos señalar que este tipo de control de constitucionalidad es además un control “judicial”<sup>217</sup>, pues se le entrega a los órganos del poder judicial.

---

<sup>216</sup> SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO. “*La magistratura constitucional especializada*”. Revista de Derecho Público. Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Número 45-46. Santiago. Enero-Diciembre 1989. páginas 95 y siguientes. Claramente este autor nos señala “(...) En esta opción (magistratura constitucional ordinaria) que es “judicialista”, el control de constitucionalidad reparador y la tutela de los derechos constitucionales personales se encomienda a una gran cantidad de órganos, que comparten aquellas tareas con otras de índole distinta. Conforme con el sistema norteamericano, por ejemplo, el juez común (civil, penal, mercantil, laboral, etc.) es, simultáneamente, el juez de la magistratura constitucional (...)”. Lo escrito entre paréntesis en nuestro.

<sup>217</sup> PEREIRA MENAUT. ANTONIO-CARLOS. “*Teoría Constitucional*”. Ob. Cit. Página 301.

3.5.2.2.3.- Forma en que se propone la cuestión de constitucionalidad:  
Control vía incidental o por vía de excepción.

Como lo hemos indicado, de acuerdo a modo en que se propone el conflicto de constitucionalidad ante el juez constitucional, el sistema difuso tiene un carácter de *incidental* o bien *por vía de excepción*.

*Incidental*, pues el ejercicio del control de constitucionalidad solamente puede darse “(...) en un proceso concreto del cual el juez (constitucional) esté conociendo, y donde la inconstitucionalidad de la ley o norma no es ni el objeto de dicho proceso ni el asunto principal del mismo (...)”<sup>218</sup>, por lo que el problema de la inconstitucionalidad de la ley, pasa a ser un tema anexo, un *incidente*, en relación con el conflicto principal. Pero la ley que se pretende declarar inconstitucional debe ser “relevante” para la decisión del caso concreto<sup>219</sup>.

De esta forma, tenemos dos presupuesto o requisitos para efectuar el control de constitucionalidad en un sistema difuso: 1 °.- La existencia previa de un caso concreto común, un *case or controversy*, pues solamente en el curso y

---

<sup>218</sup> BREWER-CARIAS, ALLAN R. “*Jurisdicción Constitucional en América Latina*”. En “*Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*”. Ob. Cit. Página 129.

<sup>219</sup> CAPPELLETTI, MAURO. “*La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado*”. Ob. Cit. Página 88.

con ocasión de éste se puede someter al conocimiento del juez constitucional el conflicto de constitucional. No importa la naturaleza del caso, ni el procedimiento en el cual se tramita, solamente se requiere que exista previamente al planteamiento del conflicto constitucional. 2°.- La ley que se pretende no aplicar por inconstitucional, no es el objeto central del caso concreto común, sino que solamente debe ser “relevante” para dicho caso, pues puede ser usada por el juez común como norma decisoria litis para resolver el conflicto jurídico común (civil, penal, laboral, etc.) que se presenta a su conocimiento.

Como es incidental, el mismo juez competente para conocer del asunto principal (el conflicto común), también conocerá y fallará el asunto accesorio o anexo (el conflicto constitucional).

Lo que sí debemos recalcar es que por muy incidental que sea, y aún cuando se exija la existencia de un caso concreto para ser promovida una cuestión constitucional, igualmente el conflicto constitucional y el control que se ejerce sobre él es de carácter *abstracto y objetivo*, pues, tal como lo señalamos al principio de este Capítulo, el conflicto en cuestión es determinar si la ley es o no contraria a la Constitución, con prescindencia de los intereses específicos o bienes jurídicos particulares que se encuentren comprometidos en el caso concreto donde se ventila la inconstitucionalidad de la ley. Además, la solución



del conflicto constitucional y la anulación de la ley importa a la comunidad entera más que a las partes particulares del juicio concreto<sup>220</sup>.

Esta forma de iniciar el control de constitucionalidad implica que el *legitimado* para plantear la cuestión de constitucionalidad debe ser necesariamente una de las partes –sea activa o pasiva– del juicio principal y concreto donde podría aplicarse la ley que se considera inconstitucional, siendo lo normal, aquella parte que se siente afectada por la posible aplicación de una ley inconstitucional que no le favorece. Sin embargo, lo único que se exige es ser parte de un juicio, cualquiera que este sea, para hacer funcionar el sistema de control difuso. Así las cosas, *cualquier persona* puede promover una cuestión de constitucionalidad con el único requisito *de ser parte en un juicio concreto*. De contrapartida, el juez constitucional no puede actuar de oficio para declarar la inconstitucionalidad de la ley, solamente puede actuar a petición de parte.

3.5.2.2.4.- Objeto de control: Se aplica a la generalidad de las leyes.

Cuando estudiamos el sentido y alcance del control de constitucionalidad de la ley en los apartados anteriores, dijimos que el objeto de control es la ley, o mejor dicho las normas jurídicas de rango o jerarquía de ley. Nos preocupa

---

<sup>220</sup> Ver apartado 3.2.2. sobre el conflicto constitucional de este mismo Capítulo.

ahora otro tema, igualmente relacionado con esto, nos referimos a si el control de constitucionalidad de las leyes en el sistema difuso –en contrario al concentrado– se aplica a todas las leyes o solamente a algunas de ellas, o a ciertos tipos de leyes.

El sistema difuso de control abarca todo el abanico de posibilidades de las normas jurídicas de rango legal, es decir, abarca el control de todas las leyes sin importar su naturaleza (civiles, criminales, laborales, tributarias, mercantiles, etc.), de forma tal que no existiría norma que escape al control constitucional.

Pero el problema es el siguiente: a pesar que no se exige una naturaleza especial de la norma como requisito para efectuar el control de constitucional sobre ella, igualmente hay un sin número de normas de jerarquía de ley que no se encuentran sujetas a control alguno. Ello por dos razones principales que no dicen relación con la naturaleza de la ley:

1°.- Es necesario siempre un caso concreto para entablar la cuestión de inconstitucionalidad, luego, si no se inician casos o juicios en los cuales pueda existir la posibilidad de aplicar una ley inconstitucional, dicha ley escapa al control de constitucionalidad<sup>221</sup>.

---

<sup>221</sup> KAUPER. *“Judicial Review of Constitutional Issues in the United States”*. Citado por

2°.- Por otra parte, por la estructura propia de las impugnaciones y recursos, no siempre todas las cuestiones de constitucionalidad serán vistas por los Tribunales Superiores de Justicia para que tengan efectos generales, pues, como en el caso de Estados Unidos, la Suprema Corte “elige” los casos que resolverá, por lo que muchas leyes escapan al control de constitucionalidad y seguirán aplicándose, pues el Juez Constitucional, discrecionalmente no ejerce el control de constitucionalidad sobre normas, aun cuando sean inconstitucionales<sup>222</sup>.

3.5.2.2.5.- Extensión o profundidad del control: control formal y de fondo de la constitucionalidad de las leyes.

A este criterio se refiere Cappelletti, cuando señala que “es un control que se extiende tanto a la conformidad *formal* cuanto a la conformidad *sustancial* de las leyes con la Constitución”<sup>223</sup>. En efecto, el control *formal* de la ley dice relación con revisar si el procedimiento constitucional prescrito para la elaboración, promulgación y publicación de la ley fue cumplido o no, en cambio

---

CAPPELLETTI, MAURO. “*La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado*”. Ob. Cit. Página 96.

<sup>222</sup> BREWER-CARIAS, ALLAN R. “*Jurisdicción Constitucional en América Latina*”. En “*Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*”. Ob. Cit. Página 132.

<sup>223</sup> CAPPELLETTI, MAURO. “*La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado*”. Ob. Cit. Página 108.

el control de *fondo, sustancial o material* de la ley, consiste en comparar el contenido y objeto de la norma con el contenido de la norma constitucional<sup>224</sup>.

Ambos tipos de controles se encuentran presentes en el sistema difuso de control, por tanto no importa cual es el vicio de constitucionalidad que se le imputa a una norma, si es por forma o por fondo, o como se manifiesta la inconstitucionalidad<sup>225</sup>, lo único esencial es que algún aspecto de la norma sea contraria a la Constitución para ser declarada inconstitucional.

En mismo profesor italiano sentencia:

*“(...) Verdaderamente, esta extensión también a la constitucionalidad “sustancial” de las leyes, es uno de los aspectos que sin duda diría esenciales de todo moderno sistema efectivo de control judicial de la legitimidad constitucional de las leyes (...)”<sup>226</sup>.*

---

<sup>224</sup> CRUZ VILLALÓN, PEDRO. Ob. Cit. Página 41.

<sup>225</sup> Recordemos que CRUZ VILLALÓN, PEDRO, respecto de este criterio prefiere hablar de las *“manifestaciones de la inconstitucionalidad”*. Ob. Cit. Página 41.

<sup>226</sup> CAPPELLETTI, MAURO. *“La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado”*. Ob. Cit. Página 108.

Sobre este punto volveremos en el capítulo IV, cuando veamos que en Chile no se acepta el control de constitucionalidad de ambos aspectos de la norma de jerarquía de ley.

3.5.2.2.6.- Control en relación con la entrada en vigencia de la ley: control posterior o represivo de constitucionalidad.

En el sistema difuso de control de constitucionalidad, la norma con jerarquía de ley se controla una vez que ya fue dictada, es decir, cuando ya se encuentra plenamente vigente y no mientras aún se encuentre en los trámites de elaboración en el Parlamento o ante el Ejecutivo. Es más, de acuerdo con todo lo dicho, la ley que se declare constitucional debe estar cumpliendo normalmente todos sus efectos, tanto así que puede ser aplicada como norma decisoria litis en el caso concreto en el cual se ventila la cuestión de constitucionalidad, lo que se presume su plena vigencia.

Por ello es que el control difuso es *posterior, posteriori o represivo*, pues se ejerce una vez que la ley ya ha entrado en vigencia<sup>227</sup>. Antes de ello, no significa que no se pueda controlar la constitucionalidad del proyecto de ley, sino que antes de la dictación de la ley, cualquier control de constitucionalidad que realicen, por ejemplo, las Cámaras del Parlamento o el Jefe de Estado, no

---

<sup>227</sup>

PEREIRA MENAUT. ANTONIO-CARLOS. "Teoría Constitucional". Ob. Cit. Página 301.

tiene una connotación jurisdiccional y no pertenece, por tanto, al control difuso de constitucionalidad de la ley que estudiamos en este punto<sup>228</sup>.

3.5.2.2.7.- Por la discrecionalidad del control: Control Constitucional facultativo del método difuso.

Algo ya vimos al respecto cuando nos referimos a la imposibilidad que todas las normas legales fueren objeto de control de constitucionalidad. El problema que se presenta es el siguiente: planteada la cuestión de constitucionalidad y solicitada en tiempo y forma la declaración de inconstitucionalidad, ¿puede el Juez Constitucional decidir libremente si resolver o no la cuestión de constitucionalidad puesta en su conocimiento?, más claramente, ¿es obligatorio o facultativo el control de constitucionalidad para el juez constitucional?.

Evidentemente por aplicación del principio de inexcusabilidad, toda solicitud debe ser resuelta por el Juez Constitucional, no pudiendo abstenerse discrecionalmente de resolver. Planteada la cuestión de constitucionalidad el juez debe resolver, acogiéndola o rechazándola, pero nunca abstenerse. Así las cosas el control es *obligatorio*, pues solicitada su intervención, siempre el Juez

---

<sup>228</sup> CRUZ VILLALÓN, PEDRO. Ob. Cit. Página 28. Nos remitimos a lo citado en la nota al pie número 198 de este mismo Capítulo.

Constitucional tendrá que realizar el ejercicio de control, comparar la ley con la Constitución, y en definitiva resolver si existe inconstitucionalidad o no.

El problema es que dicha obligatoriedad no rige para los Tribunales Superiores en el common law, particularmente en los Estado Unidos, que, como ya vimos, la Suprema Corte “elige” discrecionalmente cuales casos conocerá y fallará, por cuanto, elegirá también, cuales cuestiones de constitucionalidad resolverá o no. En este sentido, en el nivel donde la decisión del Juez Constitucional se vuelve de aplicación general, el sistema difuso tiene un control *discrecional o facultativo* de constitucionalidad.

#### 3.5.2.2.8.- Fundamento del control difuso de constitucionalidad.

El fundamento, o la razón de ser, de entregar el control de constitucionalidad de las leyes a cualquier tribunal común de justicia, como nos apunta Cappelletti, descansa en un razonamiento, por demás, sumamente simple:

*“(...) la función de todos los jueces es aquella de interpretar las leyes con el fin de aplicarlas a los casos concretos sometidos a su juicio de vez en cuando; uno de los cánones más obvios de la interpretación de las leyes, es aquel según el cual, cuando dos disposiciones*

*legislativas estén en contraste entre ellas, el juez debe aplicar la preponderante (...) cuando el contraste sea entre disposiciones de diversa fuerza normativa: la norma constitucional (...) prevalece siempre sobre la norma ordinaria contrastante (...).<sup>229</sup>*

Luego concluye Cappelletti:

*“(...) Ergo. Se concluye que cualquier juez, encontrándose en el deber de decidir un caso en el cual sea “relevante” una norma legislativa ordinaria contrastante con la norma constitucional, debe no aplicar la primera y aplicar por el contrario, la segunda (...).<sup>230</sup>*

De esta forma el sistema difuso no hace más que aplicar los mismos principios y herramientas procesales existentes en el ordenamiento jurídico para proteger la Constitución.

---

<sup>229</sup> CAPPELLETTI, MAURO. “La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado”. Ob. Cit.. Página 67.

<sup>230</sup> Ibid. Página 67.



3.5.2.2.9.- “Los contrastes de tendencias”. Defecto del control difuso y medios para corregirlo: *stare decisis*.

El gran defecto<sup>231</sup> que se reconoce de este sistema de control dice directa relación con los efectos de las sentencias de los jueces, materia que trataremos más adelante cuando veamos la sentencia constitucional, pero que adelantamos para los efectos de este alcance. Por ahora digamos, simplemente, que las decisiones o resoluciones en un sistema difuso tiene efectos *inter pares*, es decir para el caso concreto donde se promueva la cuestión de inconstitucionalidad, y significa lisa y llanamente dejar de aplicar la ley al caso concreto.

De esta forma la ley sigue vigente y puede ser aplicada a todos los demás casos en que no se promueva una cuestión de constitucionalidad, o bien, promoviéndose ante otro juez, éste decida lo contrario y estime plenamente constitucional la misma ley estimada inconstitucional por otro magistrado.

---

<sup>231</sup> También se reconocen como defectos de este sistema la circunstancia que no todas las normas pueden ser controladas si no existe un caso concreto previo substanciándose ante un juez común, así como que no todas las resoluciones de conflictos de constitucionalidad tendrán efectos generales pues la Suprema Corte “elige” los casos que resolverá. Pero sin perjuicio de ello, creemos que es más grave el problema de las decisiones contradictorias que estudiamos en este punto.

En resumen el gran problema del sistema difuso son los “contrastes de tendencia”<sup>232</sup>, es decir, decisiones contradictorias y la posibilidad cierta que una ley estimada inconstitucional siga vigente, con la consecuente incertidumbre e inseguridad jurídica que provoca<sup>233</sup>.

La solución a este problema, en los países del common law donde tiene mayor arraigambre y aplicación este sistema, está dado por el principio fundamental del *stare decisis*, esto es, el principio de vinculación u obligatoriedad de las sentencias. A través de la aplicación de este principio, las sentencias constitucionales pasan a tener, en definitiva, efectos generales, pues a la larga, mediante el sistema de recursos e impugnaciones, la resolución de la cuestión de constitucionalidad será zanjada por los Tribunales Superiores de Justicia –como la Corte Suprema de los Estados Unidos– cuya decisión será desde ese momento en adelante, vinculante para todos los órganos judiciales. Como bien nos dice Cappelletti:

---

<sup>232</sup> Ibid. Página 69. Ahí define los “contrastes de tendencias” de la siguiente forma: “(...) una misma ley o disposición legislativa podría ser no aplicada, en cuanto sea considerada inconstitucional, por algunos jueces, mientras podría ser aplicada por el contrario, en cuanto no sea considerada en contradicción con la constitución, por otros. Además, podría suceder que el mismo órgano judicial, que ayer no había aplicado una ley dada, la aplique por el contrario hoy, habiendo cambiado opinión sobre el problema de su legitimidad constitucional (...)”.

<sup>233</sup> Sin que en nuestro medio exista un sistema difuso de control de la constitucionalidad de las leyes, el mismo problema existe con el control que realiza la Corte Suprema mediante el conocimiento y fallo de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, precisamente pues los efectos de la sentencia constitucional solo es *inter partes*, sin efectos generales. Volveremos sobre este tema en el próximo capítulo, en todo caso desde ya ver apartado 4.2.2.2. y nota 421 del Capítulo IV de esta memoria.

*“(...) el principio de stare decisis opera de manera semejante que el juicio de inconstitucionalidad de la ley, termina, indirectamente, para asumir una verdadera y propia eficacia erga omnes, y no se limita entonces a llevar consigo el puro y simple efecto la no aplicación de la ley a un singular caso concreto con posibilidad, empero, de que otros casos la ley sea por el contrario aplicada de nuevo (...).”<sup>234</sup>*

*“(...) en sustancia, (se convierte) en una verdadera y propia eliminación final y definitiva, válida para siempre y para todo otro caso, de la ley inconstitucional: termina, en suma, por convertirse en una verdadera y propia anulación de ley, además, con efecto retroactivo generalmente (...).”<sup>235</sup>*

En el caso de los países de tradición romanista, en que existe sistema difuso, el problema de las decisiones contradictorias, se ha tratado de solucionar mediante mecanismos en que se da expresamente valor obligatorio a la jurisprudencia uniforme en un solo sentido, o bien por crear paralelamente un sistema concentrado de control, otorgando competencia a los Tribunales Superiores de Justicia o a Tribunales Especiales para fallar con efectos

---

<sup>234</sup> CAPELLETTI, MAURO. *“La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado”*. Ob. Cit. Página 71.

<sup>235</sup> Ibid. Página 72. Volveremos sobre los efectos de la sentencia constitucional al final de este capítulo.

generales, dando paso a sistemas mixtos o integrales de control, siendo Latinoamérica un buen ejemplo<sup>236</sup>.

También llama la atención la solución extra jurídica a la cual llegaron países como Noruega, Dinamarca o Suecia, en los que, sin perjuicio de existir un sistema difuso, por la cultura jurídica existente se ha “convencido” a sus jueces a no aplicar dicho control o a ejercerlo con suma prudencia, al punto de reconocer que el control difuso tiene una importancia más teórica que práctica<sup>237</sup>.

Fuera de estos casos, en general, la aplicación de un sistema difuso de control en países de tradición romanista, por el problema indicado, ha sido un completo fracaso<sup>238</sup>.

---

<sup>236</sup> BREWER-CARIAS, ALLAN R. “Jurisdicción Constitucional en América Latina”. En “Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”. Ob. Cit. Páginas 116 y siguientes.

<sup>237</sup> CAPELLETTI, MAURO. “La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado”. Ob. Cit. Página 70.

<sup>238</sup> Ibid. Página 70. Sin embargo, BREWER-CARIAS, ALLAN R, replica señalando que no se puede considerarse totalmente incompatible el control difuso con la tradición romanista, pues “(...) los eventuales problemas originados por la aplicación del método difuso de control de constitucionalidad de las leyes, en consecuencia, son comunes a todos los países que lo han adoptado, sea que pertenezcan a sistemas jurídicos de tradición de derecho romano o de *common law*, por lo que la adopción del método difuso no puede conducir; en sí mismo, a considerarlo como incompatible con los sistemas jurídicos de derecho romano, por el solo hecho que no exista en ellos la regla del *stare decisis*. Ello lo desmiente en caso de América Latina (...)”. Ver “Jurisdicción Constitucional en América Latina”. En “Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”. Ob. Cit. Página 134.

### **3.5.2.3.- Modelo Europeo, Austriaco o Concentrado de Control Jurisdiccional de Constitucionalidad de la Ley.**

#### 3.5.2.3.1.- Concepto.

El sistema o modelo **concentrado** es en el cual el poder de control se entrega, por el contrario del difuso, *a un órgano judicial solamente*<sup>239</sup>. Brewer-Carias, prefiere decir que el modelo concentrado de control de la constitucionalidad se caracteriza por el hecho de que el ordenamiento constitucional confiere a *un solo órgano estatal* –independiente que sea judicial como una Corte Suprema o que sea un órgano especializado fuera de los tribunales ordinarios de Justicia como una Tribunal o Corte Constitucional– el poder de actuar como juez constitucional<sup>240</sup>.

El método concentrado funciona por vía principal o por vía de acción, incoada por determinados órganos previamente establecidos, en un procedimiento especial y autónomo, generalmente se abarca solo ciertos actos

---

<sup>239</sup> CAPELLETTI, MAURO. *“La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado”*. Ob. Cit. Página 60.

<sup>240</sup> BREWER-CARIAS, ALLAN R. *“Jurisdicción Constitucional en América Latina”*. En *“Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”*. Ob. Cit. Página 134.

estatales<sup>241</sup>, que pueden ser controlados antes y después de su entrada en vigencia y con efectos generales.

Lo denominamos *austriaco*, pues su origen lo encontramos en la creación del Tribunal Constitucional de ese país en 1920, al alero del trabajo de Kelsen<sup>242</sup>; y lo denominamos  *europeo*, por la difusión de este método en el viejo continente al punto de hablar hoy de la existencia de un sistema europeo de control de constitucionalidad de la ley, reconociendo eso sí, los diversos matices que encontramos en ciertos casos<sup>243</sup>

#### 3.5.2.3.2.- Órgano que la ejerce: el juez constitucional especializado y único.

Como ya hemos anotado, el control de constitucionalidad concentrado se encomienda un solo órgano, a un juez constitucional especializado, que originalmente en el sistema austriaco asumió la forma de un Tribunal Constitucional, creado independiente y separado de los Tribunales Ordinarios. Sin perjuicio que también puede presentarse en los Tribunales Ordinarios Superiores –como en las Cortes Supremas– pues su único requisito es que se

---

<sup>241</sup> Ibid. Página 134.

<sup>242</sup> CAPELLETTI, MAURO. *“La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado”*. Ob. Cit. Página 61.

<sup>243</sup> CRUZ VILLALON, PEDRO. Ob. Cit. Página 31.

invista a un órgano del Estado –dentro o fuera del poder judicial<sup>244</sup>– de una competencia especial: conocer las cuestiones de constitucionalidad y declarar la inconstitucionalidad de la ley.

De esta forma estamos en presencia de una *magistratura constitucional especializada*, cuya única función en el ejercicio de esta competencia, es ejercer el control jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley<sup>245</sup>. Además es una magistratura *única*, pues, a diferencia de lo que ocurre con el método difuso –en que existen muchos jueces constitucionales, tantos como jueces ordinarios existan, en con diversas jerarquías– en el método concentrado solamente existe **uno** para cada ordenamiento jurídico, singularmente el juez que específicamente está investido de la competencia de ejercer el control de constitucionalidad de la ley. Siendo único, no hay grados de jerarquía sobre él, luego sus decisiones son inapelables o inimpugnables.

---

<sup>244</sup> Como reconoce SAGÜÉS, NESTOR PEDRO, hay una tercera variante: que se trate de un órgano especial e independiente, pero que se encuentre dentro del poder judicial. Ver “*La magistratura constitucional especializada*”. Ob. Cit. Página 98. Sobre este punto volveremos al tratar el Juez Constitucional por separado, en una líneas más adelante.

<sup>245</sup> SAGÜÉS, NESTOR PEDRO. “*La magistratura constitucional especializada*”. Ob. Cit. Página 96.

3.5.2.3.3.- Forma en que se propone la cuestión de constitucionalidad:  
Control vía principal o por vía de acción.

En el sistema concentrado, la cuestión de constitucionalidad se plantea en un ex profeso y autónomo proceso constitucional *ad hoc* con ex profesa acción<sup>246</sup>. Es decir, que no se requiere como presupuesto un caso concreto, donde se ventile un conflicto común, para iniciar una cuestión de constitucionalidad. En el método concentrado, para la declaración de inconstitucionalidad de la ley se abre directamente ante el juez constitucional, mediante el ejercicio de una acción especial, un proceso especial y autónomo cuyo conflicto u objeto esencial será determinar la constitucionalidad de una ley.

Lo dicho respecto de la objetividad y abstracción del control de constitucionalidad dicho en el método difuso, vale más plenamente para el método concentrado, pues ni siquiera existe un caso concreto donde se pueda aplicar la ley, y nos remitimos a ello.

En cuanto a la legitimidad del ejercicio de la acción constitucional especial para poner en marcha el sistema jurisdiccional de control, el método

---

<sup>246</sup> CAPELLETTI, MAURO. *“La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado”*. Ob. Cit. Página 88.



concentrado dista mucho del difuso, ya que el Juez Constitucional solamente conoce de la cuestión de constitucionalidad mediante la acción incoada por determinados sujetos especialmente investidos con la facultad de accionar, generalmente ciertos órganos públicos, como el caso del Presidente de la República, del Parlamento, de una de las Cámaras, o un determinado número de parlamentarios.

Sin embargo, esta característica, se verá en el tiempo desplazada cada vez más por una ampliación en la legitimidad activa para entablar la acción constitucional, llegando hoy por hoy al uso de acciones populares para que cualquier persona pueda plantear una cuestión de constitucionalidad.

Ahora bien, aun cuando exista acción popular, siempre será un control vía principal, pues lo esencial de este criterio es la apertura de un proceso autónomo y con el único fin de someter a control de constitucionalidad una determinada ley.

3.5.2.3.4.- Objeto de control: Se aplica solamente a las leyes y actos estatales específicamente señalados.

Tal como apunta Brewer-Carias, el control concentrado de constitucionalidad se aplica solamente a ciertos *actos estatales*<sup>247</sup> y no respecto de la generalidad de las normas jurídicas de rango legal. En efecto, así como se inviste de una competencia especial y determinada a los jueces constitucionales, de la misma forma se le entrega un catálogo taxativo de normas que deben controlar<sup>248</sup>, sin que puedan abocarse el control de cuerpos normativos que se encuentren fuera de este catálogo.

Dejemos claro, en todo caso, que no importa si el catálogo es amplio o restringido, o bien incluya a todas las normas jurídicas del ordenamiento jurídico, solamente hacemos el alcance en este punto para apuntar que el juez constitucional en un sistema concentrado, antes de ejercer la jurisdicción constitucional, debe revisar si la norma que se le presenta para su control está incluida en las señaladas en el ordenamiento jurídico constitucional para su control, a diferencia que en el sistema difuso, en que no hay requisito de ningún tipo para el control en relación con la naturaleza de la norma.

---

<sup>247</sup> BREWER-CARIAS, ALLAN R. *“Jurisdicción Constitucional en América Latina”*. En *“Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”*. Ob. Cit. Página 134.

<sup>248</sup> Como ejemplo revisar el actual artículo 82 de la Constitución Política de la República de Chile.

Este aspecto lo quisimos destacar en el control concentrado pues se aplica en nuestro medio, ya que, como veremos más adelante, no todos los cuerpos normativos en nuestro medio son susceptibles de control por el Tribunal Constitucional, debiendo incorporar una reforma en este sentido<sup>249</sup>.

3.5.2.3.5.- Extensión o profundidad del control: control formal y de fondo de la constitucionalidad de las leyes.

A diferencia del control difuso que abarca cualquier tipo de manifestación de inconstitucionalidad que pueda presentar la ley, en el sistema concentrado sí se hace la diferencia entre la inconstitucionalidad de forma y la inconstitucionalidad de fondo.

Un profesor español nos enseña que en el periodo de formación de los sistemas de control concentrado –1918-1949– la distinción entre inconstitucionalidad formal e inconstitucionalidad material sigue pesando bastante, con la sola excepción de Austria, “se discute seriamente si el Tribunal Constitucional va a poder controlar la inconstitucionalidad formal o si, por el contrario, deberá limitarse al control de la constitucionalidad material: el acto de

---

<sup>249</sup> Ver apartado 4.2.4 del Capítulo IV y 5.2.2.1. del Capítulo V.

promulgación presidencial garantiza la corrección del proceso legislativo”<sup>250</sup>. Sin perjuicio que ambos tipos de control se van adoptando en lo sucesivo<sup>251</sup>.

En este punto nos remitimos a lo ya dicho respecto del control difuso, recordando a Cappelletti que sentencia que resulta esencial en todo sistema de control, sea difuso o concentrado, la posibilidad de controlar la constitucionalidad tanto de la forma como el fondo de la ley<sup>252</sup>.

Importante resulta este tópico en nuestro medio, como veremos, que no se acepta la declaración de inconstitucionalidad por vicio de forma por parte de la Corte Suprema en el conocimiento y fallo de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, criterio que de ninguna forma compartimos.

---

<sup>250</sup> CRUZ VILLALON, PEDRO. Ob. Cit. Página 409.

<sup>251</sup> CAPELLETTI, MAURO, señala que tanto el control formal y material se encuentran presentes en la mayoría de los países, sea con sistemas difusos o concentrados, como es el caso de Italia, Estados Unidos, Austria, Alemania, Suiza, Noruega, Dinamarca, Japón y México, entre otros. *“La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado”*. Ob. Cit. Páginas 108.

<sup>252</sup> Ver apartado 3.5.2.2.5. de este Capítulo.

3.5.2.3.6.- Control en relación con la entrada en vigencia de la ley: control previo o preventivo y control posterior o represivo de constitucionalidad.

A diferencia del sistema difuso, que como vimos no realiza ningún tipo de control jurisdiccional previo a la entrada en vigencia de la ley, en el modelo concentrado por cierto que existe un control *jurisdiccional* de control de constitucionalidad previa o preventiva de la ley, antes que ella entre en vigencia<sup>253</sup>. Hacemos énfasis en lo jurisdiccional del control previo, pues siempre puede haber otros tipos de control antes de la promulgación de una ley –político, administrativo o consultivo– pero solamente este control jurisdiccional es materia de la Justicia Constitucional y es competencia del Juez Constitucional.

Lo llamativo es que no se aplica a normas jurídicas pues aún no entran en vigencia sino que solamente son proyectos de ley, sin embargo ello no quita el carácter jurisdiccional del control, por la naturaleza de la función que se ejerce y los efectos de la decisión constitucional.

El fundamento de este control preventivo es evitar el problema que se presenta en el sistema difuso de la existencia de leyes vigentes

---

<sup>253</sup>

PEREIRA MENAUT. ANTONIO-CARLOS. Ob. Cit. Página 303.

inconstitucionales que se aplican y producen todos sus efectos. El objetivo es evitar que una ley –o mejor dicho un proyecto de ley– que sea inconstitucional llegue alguna vez a producir algún efecto.

3.5.2.3.7.- Por la discrecionalidad del control: Control Constitucional obligatorio del método concentrado.

Ya vimos que en el control difuso nos encontramos con un aspecto de discrecionalidad del Juez Constitucional, en el sistema concentrado, no nos encontramos con ello, planteada la cuestión de constitucionalidad en tiempo y forma ante el juez constitucional, éste debe resolver y ejercer el control de constitucionalidad del cual se encuentra investido<sup>254</sup>.

Lo interesante es destacar que expresamente se incorpora dentro de las atribuciones de los Tribunales Constitucionales, controles “*obligatorios*” previo de constitucionalidad. No porque exista discrecionalidad en el control concentrado como modelo, pues el juez constitucional, planteada la cuestión de constitucionalidad, éste debe resolver y no puede abstenerse; sino porque para determinadas normas, de acuerdo con su naturaleza, previa a su entrada en vigencia, siempre deben ser sometidas a control aun cuando nadie lo

---

<sup>254</sup> Ibid. Página 303.

solicite<sup>255</sup>, es decir, el ordenamiento constitucional que inviste de atribuciones al Tribunal Constitucional, al mismo tiempo prescribe una orden, un mandato: controlar obligatoriamente ciertas normas –o proyectos de normas– aun cuando no se ejercite ninguna acción para iniciar un proceso constitucional, debiendo actuar de oficio en ese caso.

En el caso de Chile, veremos que, respecto de ciertos proyectos de ley, se reitera este mandato de control obligatorio al Tribunal Constitucional<sup>256</sup>.

3.5.2.3.8.- Defecto del sistema concentrado.- La restricción al acceso a la Justicia mediante la acción monopólica en determinados sujetos.  
Tendencia actual en ampliar la legitimidad activa.

Ya hemos dicho que una característica de este tipo de control es, en su origen, que solamente ciertos sujetos, generalmente órganos públicos, son los únicos que pueden incoar una acción de constitucionalidad y hacer funcionar la jurisdicción y el control de constitucionalidad de la ley.

---

<sup>255</sup> Ibid. Página 303. Ejemplificando, a propósito del Consejo Constitucional Francés, el control obligatorio de la siguiente forma: "(...) Funciones: aparte de otras que ahora no nos afectan, le compete el control previo – o sea, antes de que entren en vigor – de ciertas leyes. Si son orgánicas, ese control es obligatorio, y lo mismo ocurre con los reglamentos de las cámaras. Si son leyes ordinarias, el control, igualmente previo, es facultativo (...)".

<sup>256</sup> Ver artículo 82 de la Constitución Política de la República de Chile.

Dos alcances sobre la legitimidad para accionar: en primer lugar, la acción constitucional se vuelve monopólica, solamente algunos sujetos pueden iniciar un proceso constitucional solicitando la declaración de inconstitucionalidad de la ley, con lo cual el acceso a la justicia constitucional queda enormemente restringido y limitado. En segundo término, en su modelo más “puro”<sup>257</sup>, solamente órganos políticos –gobierno federal y gobierno de los *Länder*– podían solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la ley, lo cual hizo inoperante en la práctica el modelo de control originalmente ideado por Kelsen.

Al respecto Cappelletti reflexiona:

*“(...) En verdad el sistema adoptado en Austria n 1920 – esto es, e sistema del texto originario de la Constitución – pronto se mostró del todo insuficiente (...) significaba claramente que el control de constitucionalidad terminaba prácticamente por tener más bien una función importante, pero bastante limitada: esto es, limitada a asegurar una barrera contra posibles desbordamientos inconstitucionales del poder legislativo federal en el ámbito reservado a la competencia legislativa de los Länder, y viceversa: garantizando, de tal modo, entre la Federación y los Länder, el respeto recíproco de su “repartición*

---

<sup>257</sup>

Nos referimos al sistema austriaco de 1920: la instauración originaria del Tribunal Constitucional antes de la reforma de 1929, esta última que morigeró muchos sus principios, como lo veremos más adelante.



*constitucional de las competencias” (verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung). Fuera del ámbito de control, quedaban por el contrario, por ejemplo, las leyes lesivas de los derechos individuales de libertad. Puesto que además ni el Gobierno Federal ni los Gobiernos de los Länder tenían la obligación, sino antes bien solamente una facultad discrecional, de instaurar el proceso de control de constitucionalidad contra leyes consideradas por ellos inconstitucionales, era inevitable que aquellos órganos políticos se sintiesen efectivamente interesados en promover el proceso solamente en casos más bien raros y excepcionales. De tal modo, muchas leyes inconstitucionales podían eludir prácticamente al control de la Corte constitucional austriaca: y hemos visto ya cómo, por efecto de un precepto preciso de la Constitución, las leyes, aun cuando manifiestamente inconstitucionales, debiesen ser aplicadas, sin embargo, como si fueren perfectamente válidas, por todos los jueces (...)<sup>258</sup>.*

La solución vino de la mano a la reforma constitucional de 1929, que reformuló algunos aspectos del Tribunal Constitucional. Dicha reforma –como en la mayoría de los países que en esa época adoptaron el control concentrado y los que con posterioridad también lo hicieron– amplió y extendió la legitimidad activa para iniciar un proceso constitucional a otros órganos y sujetos<sup>259</sup>, y

---

<sup>258</sup> CAPELLETTI, MAURO. “La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado”. Ob. Cit. Páginas 91-92.

<sup>259</sup> En particular la reforma de 1929 en Austria, otorgó la facultad a la Corte Suprema y a la

dicha tendencia ha ido aumentando y consolidándose en el transcurso del tiempo<sup>260</sup>.

El acceso lo más amplio y directo a la Justicia Constitucional, mediante una legitimación activa generalizada –a la usanza difusa– se encuentra hoy en día presente en todo modelo de control, sin perjuicio que en el caso del sistema concentrado la forma de plantear la cuestión de constitucionalidad siga siendo principal por la existencia de un proceso autónomo constitucional desvinculado del todo de los casos concretos o sea de los procesos comunes<sup>261</sup>.

---

Corte Administrativa para pedir al Tribunal Constitucional que efectúe el control de constitucionalidad respecto de leyes aplicables a los casos concretos sometidos a su juicio. Así se incorpora una mixtura *principal-incidental* para plantear la cuestión de constitucionalidad al modelo concentrado original. Ibid. Página 92.

<sup>260</sup> Ibid. Página 93.

<sup>261</sup> Ibid. Página 90.

### **3.6.- ÓRGANO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: EL JUEZ CONSTITUCIONAL.**

#### **3.6.1.- JUEZ Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL.-**

##### **3.6.1.1.- Concepto y Generalidades.**

Como bien dijimos en la Introducción, con relación a los términos de justicia y jurisdicción constitucional, la posición del juez constitucional o el órgano que ejerce la función jurisdiccional constitucional, reviste una importancia capital en el tema, al punto que en varios aspectos puede sobrepasar en relevancia hasta la función jurisdiccional misma<sup>262</sup>.

Recordemos también que es este tema fue el punto de partida de la actual monografía, y de su estudio cada vez más profundo se fue extendiendo en tamaño y en profundidad a otras materias conexas, también recordemos para el estudio principalmente del juez constitucional fue que se prefirió ocupar el término “Justicia”, por ser más amplio, al de jurisdicción constitucional, que como ya dijimos tiene un ámbito bien determinado.

---

<sup>262</sup>

Al respecto no está de más recordar que tal es la relevancia del juez constitucional en sí mismo que muchos autores definen los conceptos de Justicia y Jurisdicción Constitucional, no en cuanto a la función que se ejerce en relación con el tipo de conflicto que se debe resolver, sino que en razón del órgano jurisdiccional especializado que debe resolver. Ver referencia de la nota al pie número 36, en el Capítulo I de esta memoria.

En cuanto al concepto de juez constitucional, tangencialmente ya hemos dado algunas ideas que pasamos a ordenar en este punto. El juez constitucional *es el órgano de la jurisdicción constitucional*, es decir, es el órgano público que conoce y falla los conflictos constitucionales, mediante el ejercicio de la función jurisdiccional constitucional.

Pero debemos tener cuidado, que digamos que todo órgano que ejerce jurisdicción constitucional sea un juez constitucional, no significa que todo órgano que aplica una norma constitucional sea juez constitucional. Dicho alcance es importante, habida cuenta que se reconoce en forma unánime la vinculación directa de la norma constitucional a todos los órganos del Estado, sea ejecutivo, legislativo o judicial, de forma tal que en todas las funciones públicas siempre se están aplicando normas constitucionales en forma directa y no por ello quienes las aplican pasan a tener la calidad de jueces constitucionales. Especial atención merece, en este sentido, la circunstancia que todos los jueces ordinarios resuelven conflictos aplicando directamente normas constitucionales sin perder su calidad de juez “ordinario o común”.

Por otra parte hay que recordar que no son pocos los que no consideran al juez constitucional como un verdadero “Juez”, ya que no participa de las características de los jueces ordinarios en su origen y funciones. Debemos

decir, que la magistratura constitucional es diferente a la ordinaria, pero al mismo tiempo siguen siendo “jueces”.

En efecto, para distinguir a la magistratura constitucional de las demás magistraturas, reafirmando lo ya dicho, consideramos que lo esencial en un juez constitucional es *resolver un conflicto constitucional*, teniendo presente que el conflicto constitucional es el que caracteriza a la jurisdicción constitucional y ésta al juez constitucional, en una cadena lógica que no podemos perder de vista, sea cual fuere el sistema de control en el cual se está inmerso o la materia –dentro de las materias de la Justicia Constitucional– que se está resolviendo.

Sin perjuicio de lo anterior, se puede adicionar al criterio señalado anteriormente, dos alcances: que los Jueces Constitucionales, por la importancia de su función, necesariamente encuentran un estatuto especial, establecido directamente por la Constitución, que lo protege de los demás poderes del Estado que debe controlar.

Por otra parte, al controlar a los demás poderes públicos y al resolver sobre materias esenciales en un Estado de Derecho y en un Régimen Democrático, sea cual fuere la forma que lo realice, y aun cuando sus procedimientos y fallos sean estrictamente jurídicos, el alcance de sus

decisiones tienen un efecto inevitablemente *político*, es decir, por la repercusión social, el juez constitucional desempeña un papel político dentro del Estado Democrático y de Derecho<sup>263</sup>. Por lo que, de contrapartida, el juez constitucional requiere, quizás como ningún otro órgano, legitimarse ante la comunidad de un país. Todos estos aspectos intentaremos, brevemente, estudiarlos en las siguientes líneas.

### 3.6.1.2.- Tipos de Juez Constitucional: Ordinaria, Especializada y Mixta.

#### 3.6.1.2.1.- Planteamiento.

Determinado de esta forma, constituye juez constitucional no solamente la magistratura especializada para conocer de ciertas materias constitucionales, como sería el caso de los Tribunales Constitucionales, sino que también todos los órganos que ejercen jurisdicción constitucional, incluso los tribunales ordinarios que tienen competencia constitucional. Como bien apunta Sagüés Néstor, “habitualmente existen órganos legislativos que ejercen jurisdicción constitucional (v.gr. el Parlamento, en el juicio político), administrativos (ciertos jueces situados en la órbita del Poder Ejecutivo), judiciales (cualquier tribunal, en un sistema difuso de control de

---

<sup>263</sup> Revisar los fallos del Tribunal Constitucional Chileno citados en las notas al pie números 384, 385, 386, 387, 388 y 389, en el Capítulo IV de esta memoria y la trascendencia social de los mismos.

constitucionalidad de las normas), jurisdiccionales sui géneris (como el Tribunal Constitucional, ente que en la España de nuestros días no integra el Poder Judicial)<sup>264</sup>. Todos ellos son jueces constitucionales y todos ellos se encuentran investidos de jurisdicción constitucional.

De esta forma se reconocen tres formas que puede tomar la magistratura constitucional: una magistratura constitucional ordinaria, una especializada y una mixta<sup>265</sup>, lo que en rasgos muy generales veremos a continuación.

#### 3.6.1.2.2.- Magistratura Constitucional Ordinaria o Judicial.

Es *ordinaria*, en el caso que los órganos que se encuentran investidos de jurisdicción constitucional sean los mismos órganos ordinarios de justicia. El juez constitucional es juez ordinario al mismo tiempo. Lo esencial es que dentro de las competencias de todo juez ordinario se encuentra la competencia de ejercer jurisdicción constitucional y resolver conflictos constitucionales<sup>266</sup>.

---

<sup>264</sup> SAGÜÉS, NESTOR PEDRO. *“Derecho Procesal Constitucional. El Recurso Extraordinario”*. Ob. Cit, página 11.

<sup>265</sup> SAGÜÉS, NESTOR PEDRO. *“La magistratura Constitucional Especializada”*. Ob. Cit. Página 96.

<sup>266</sup> Por esto no es posible hablar que en Chile existe una magistratura constitucional ordinaria respecto de la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer y fallar la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ya que es una competencia especial entregada por la Constitución a “un” órgano, la Corte Suprema separada e

Como en este caso la jurisdicción constitucional se encuentra entregado a los tribunales ordinarios de justicia, podemos también denominarla magistratura constitucional *judicial*, y sería plenamente aplicable en los países en que existe en método difuso de control de la constitucionalidad de las leyes.

La tendencia en todo caso es a la especialización, y la doctrina y la realidad institucional de muchos Estados abogan por tener una magistratura constitucional especializada quitándole la competencia constitucional a los jueces ordinarios, punto sobre el cual volveremos en una líneas más.

#### 3.6.1.2.3.- La Magistratura Constitucional Especializada.

Es *especializada*, en el caso que la jurisdicción constitucional sea entregada a órganos especial y separadamente considerados del resto de los órganos del Estado, sin perjuicio que puedan desarrollar actividades anexas a la jurisdicción constitucional, como por ejemplo competencias consultivas.

Esta magistratura constitucional especializada se puede presentar, a su vez, de tres formas: Como tribunal especializado "*extra poder*", autónomo pero

---

individualmente considerada del resto de los tribunales ordinarios. Volveremos sobre este tema en el Capítulo IV.



dentro del Poder Judicial, y finalmente, especializado dentro de la Corte Suprema<sup>267</sup>.

*Extra poder*, significa lisa y llanamente, un órgano especial creado fuera del poder judicial y del resto de los órganos de las demás funciones del Estado, así fue concebido originariamente el Tribunal Constitucional de Kelsen.

Sagüés apunta:

*“(...) En esta fórmula, el órgano de la magistratura constitucional tiende a menudo a monopolizar la atención de la jurisdicción constitucional (órgano solitario, pues) y funciona ajeno al Poder Ejecutivo, al Legislativo y también extraño al Poder Judicial. Por estar “fuera” de tales poderes, el “Tribunal Constitucional”, “Tribunal de Garantías Constitucionales”, “Corte Constitucional” o como se lo quiera llamar, es un sujeto “extra poder”; o dicho quizá como mejor criterio, un “cuarto poder” (con competencias, eso sí, mucho más delimitadas y ceñidas que los tres poderes tradicionales) (...)”<sup>268</sup>.*

Un Tribunal especializado autónomo, *pero dentro del Poder Judicial*, sería el caso del Tribunal Constitucional Federal Alemán, puesto que la

---

<sup>267</sup> Terminología usada por SAGÜÉS, NESTOR PEDRO. *“La magistratura Constitucional Especializada”*. Ob. Cit. Página 98.

estructura de los órganos del poder judicial de este Estado, ubica a la misma altura al Tribunal Constitucional, con las demás Cortes Supremas separadas por materias. Así al lado del Tribunal Constitucional Federal, coexisten otros tribunales supremos, como el Tribunal Federal Supremo, el Tribunal Administrativo Federal, el Tribunal Federal de Hacienda, el Tribunal Federal del Trabajo y el Tribunal Social Federal, así las cosas, el Poder Judicial se erige sobre la base de varias Cortes Supremas, una de las cuales es el Tribunal Constitucional<sup>269</sup>.

Por último se reconoce la existencia de un tercer tipo de magistratura constitucional especializada: un tribunal especial *dentro de la Corte Suprema*. Aquí el juez constitucional toma la forma una *Sala Constitucional Especializada* dentro de la Corte Suprema<sup>270</sup>, como sería el caso en América Latina de Venezuela, Colombia<sup>271</sup>, Paraguay, Costa Rica y El Salvador<sup>272</sup>.

Para este caso, reflexiona Fix Zamudio:

---

<sup>268</sup> Ibid. Página 97.

<sup>269</sup> Ibid. Página 98.

<sup>270</sup> Ibid. Página 98.

<sup>271</sup> Ibid. Página 98.

<sup>272</sup> BREWER-CARIAS, ALLAN R. “*Jurisdicción Constitucional en América Latina*”. En “*Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*”. Ob. Cit. Página 138.

*“(…) Esta Sala Constitucional equivale a un Tribunal constitucional especializado, cuando resuelve en forma definitiva en los asuntos de su jurisdicción (…)”<sup>273</sup>.*

Dos son las formas que este tipo de magistratura se presenta: Un caso es que la Sala Especializada actúe como sala “ponente”, pero decide el pleno de la Corte, como es el caso Colombiano<sup>274</sup>. El otro escenario es que la misma Sala Especializada decida por sí y ante sí la cuestión de constitucionalidad, sin que se inmiscuya en su decisión el resto de la Corte, sea en pleno, sea alguna otra Sala, como el caso de El Salvador o Costa Rica<sup>275</sup>.

3.6.1.2.4.- La Magistratura Constitucional Mixta o la mixtura del juez constitucional.

En verdad, más que un tipo especial de magistratura, con el término “*mixto*” hablamos de la característica de un sistema en el cual “(…) hay control e constitucionalidad por parte de los jueces ordinarios (estos no aplican las normas inconstitucionales); y simultáneamente, opera un Tribunal

---

<sup>273</sup> FIX ZAMUDIO, HÉCTOR. *“La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales”*. Editorial Civitas. Madrid-Ciudad de México 1982. Página 230. Citad por SAGÜÉS, NESTOR PEDRO. *“La magistratura Constitucional Especializada”*. Ob. Cit. Página 99.

<sup>274</sup> Ibid. Página 99.

<sup>275</sup> Ibid. Página 100.

Constitucional que puede pronunciar sentencias de inconstitucionalidad, con efectos incluso derogatorios de la norma bajo examen (...)”<sup>276</sup>.

Por lo anterior, cuando hablamos de una magistratura mixta, nos referimos a que en una misma realidad institucional, conviven paralelamente una magistratura constitucional ordinaria y una especial, en cualquiera de sus formas, siendo todas ellas jueces constitucionales. Es el caso de Colombia, Guatemala, Bolivia, Perú y Ecuador<sup>277</sup>.

Como nos estamos refiriendo a los tipos de jueces constitucionales, y no a los modelos y sistemas, preferimos hablar de la *mixtura* que puede presentar en cada realidad institucional él o los jueces constitucionales que existan, y serán tantos como ordenamientos jurídicos existan, pues cada uno de ellos tendrá su propio matiz, más cercano a uno o a otro tipo. Latinoamérica es buen ejemplo de esto<sup>278</sup>.

---

<sup>276</sup> Ibid. Página 96.

<sup>277</sup> BREWER-CARIAS, ALLAN R. “*Jurisdicción Constitucional en América Latina*”. En “*Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*”. Ob. Cit. Página 141.

<sup>278</sup> Ibid. Página 134 y siguientes.

### 3.6.1.3.- Necesidad de un Juez Constitucional Especial y fuera del Poder Judicial.

A pesar que en la realidad institucional de los diversos Estados, donde existe algún sistema de Justicia Constitucional, nos muestra la gran variedad de matices que puede presentar en Juez Constitucional –especializado, ordinario y mixto– la mayoría de la doctrina, reconoce la tendencia cada vez mayor de concentrar la jurisdicción constitucional en órganos cada vez más especializados, a tal punto que en Europa Continental se puede hablar del “juez constitucional único”<sup>279</sup>. Situación que también encontramos en nuestra realidad institucional<sup>280</sup>.

La necesidad de una magistratura especializada, no judicial y fuera del ámbito del Poder Judicial tradicional y común, descansa en una serie de razones que podemos sintetizar en las siguientes ideas:

#### **1°.- Por la mayor eficacia que una magistratura constitucional especializada puede brindar en la Tutela Jurisdiccional de la**

---

<sup>279</sup> Ver Capítulo II, el apartado 2.3.4. “notas para un modelo europeo de justicia constitucional: el juez constitucional único”.

<sup>280</sup> Ver Capítulo IV, y las Conclusiones del Capítulo V de esta monografía.

### **Supremacía Constitucional que una magistratura ordinaria con jueces de carrera.**

Como bien dice Fix Zamudio, “si bien la custodia de la Constitución puede realizarse por los tribunales comunes, esa tutela adquiere mayor intensidad cuando se hace valer ante un organismo judicial especializado en la materia constitucional”<sup>281</sup>.

Pero más aún, solamente ante un juez constitucional especializado se puede realizar una plena defensa de la Constitución y una verdadera protección de los Derechos Humanos, por la simple razón que los jueces ordinarios tienen una formación que no les permite interpretar y aplicar efectiva y debidamente la Constitución.

En efecto, el juez ordinario es un juez de carrera, acostumbrado a la interpretación y aplicación de la ley y no de la Constitución. Mientras la ley se interpreta y se aplica estáticamente, respecto de una situación social consolidada, la Constitución impone sobre todo directivas y programas dinámicos de acción futura frente a las cuales el juez de carrera no se encuentra debidamente preparado, acostumbrado a una interpretación estricta

---

<sup>281</sup> FIX ZAMUDIO, HÉCTOR. *Ibid.* Página 165. Citado por SAGÜÉS, NESTOR PEDRO. “*La magistratura Constitucional Especializada*”. Ob. Cit. Página 102.

de la ley. Así la aplicación de la Constitución exige una interpretación activa, creadora del juez constitucional, necesariamente dinámica, ya que la magistratura constitucional roles que exige una funcionalidad constante y ágil<sup>282</sup>.

En términos concretos, debiendo decidir entre la Constitución y la ley, los jueces de carrera prefieren la ley y rehuyen o se abstienen de aplicar la Constitución.

A mayor abundamiento, la ineficacia de los jueces ordinarios para ejercer la jurisdicción constitucional se ha comprobado empíricamente en los países Europeos y de otras latitudes que han incorporado el sistema difuso de control<sup>283</sup>. Incluso en los Estados Unidos y en los países del common law donde se aplica el sistema difuso y existe una magistratura constitucional judicial, vemos que los jueces ordinarios y en particular los miembros de la Suprema Corte Federal y de las Estadales *no son funcionarios de carrera*, sino que son nombrados *ah-doc* por el Presidente con acuerdo del Senado<sup>284</sup>.

---

<sup>282</sup> CAPELLETTI, MAURO. “*La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado*”. Ob. Cit. Páginas 77-78. Del mismo autor “*La Jurisdicción Constitucional de la Libertad*”. Traducción de Fix Zamudio, Héctor. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México 1961. Páginas 13-14. También citado por SAGÚÉS, NESTOR PEDRO. “*La magistratura Constitucional Especializada*”. Ob. Cit. Página 101.

<sup>283</sup> CAPELLETTI, MAURO. “*La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado*”. Ob. Cit. Páginas 78-79.

<sup>284</sup> Ibid. Página 80.

En definitiva, la especialización acarrearía una capacitación mejor del juez constitucional, con la consiguiente garantía de idoneidad en la prestación de sus importantes funciones<sup>285</sup>.

Por el contrario, la desconfianza en los jueces ordinarios sumada a la renuencia de éstos por defender la Constitución y su contenido frente a la ley, los transforman en órganos inidoneos para ejercer la jurisdicción constitucional.

**2°.- Por la división del trabajo. Funciona mejor un juez especial que un juez ordinario.**

Es decir, un juez exclusivamente dedicado al conocimiento y fallo de los conflictos constitucionales que llegan a su conocimiento, podrá dedicar mayor tiempo para resolver cuestiones del todo complejas y difíciles. Por otro lado, descongestionaría a los jueces ordinarios de tener que abocarse a los conflictos constitucionales y dedicar mayor tiempo para sus propios asuntos comunes.

El factor tiempo no es menor en el trabajo de los jueces constitucionales, pues frente a determinados casos, en especial frente a la violación de los

---

<sup>285</sup> SAGÜÉS, NESTOR PEDRO. *“La magistratura Constitucional Especializada”*. Ob. Cit. Página 102.



Derechos Fundamentales, requiere de una intervención no solamente eficaz, sino que, por sobre todo, *rápida*, respuesta que, con la gran cantidad de asuntos que conoce, el juez ordinario no puede prestar<sup>286</sup>.

**3°.- Por la uniformidad de las decisiones del juez constitucional, se prefiere *un solo juez especial* que muchos jueces ordinarios resolviendo conflictos constitucionales: el juez constitucional único.**

Un juez constitucional especializado ofrece uniformidad o unidad de criterio en la interpretación de la Constitución y en la solución de los conflictos constitucionales que llegan a su conocimiento. Lo cual redundaría en una mayor seguridad jurídica que se ve mermada por los *contrastes de tendencia* que ya estudiamos a propósito del sistema difuso. Además, la uniformidad en las decisiones constitucionales hace efectiva la igualdad jurídica reconocida y promovida por las Cartas Constitucionales, pues conlleva un igual trato a las

---

<sup>286</sup>

El problema, sin embargo, radica en un asunto práctico. En el caso del control de la eficacia de los derechos fundamentales, frente a su violación, si bien es cierto que hay un sin número de argumentos en pro de una magistratura constitucional especializada que estudiamos en este momento, de todas maneras debemos reconocer que resulta más conveniente entregar dicha competencia a los jueces ordinarios –Corte de Apelaciones en el caso chileno– por el mayor número de ellos dentro de un Estado que permite una inmediatez mayor en el conocimiento y fallo de las acciones constitucionales de protección de Derechos Fundamentales, al menos en su primera instancia. Volveremos sobre este punto en el Capítulo IV de esta memoria.

diferentes personas que solicitan la intervención del juez constitucional por casos similares.

**4°.- Por la *importancia política* de sus decisiones, es necesario un órgano especial diferente y separado del resto de los poderes públicos, incluso el Poder Judicial.-**

Apunta bien Cappelletti cuando reflexiona en torno a la función política del juez constitucional:

*“(...) Ella (la actividad del juez constitucional) es en suma una actividad más próxima, a veces –por la vastedad de sus repercusiones y por el coraje y la responsabilidad de las elecciones implicadas necesariamente por ella–, a la actividad del legislador y del hombre de gobierno, que a la luz de los jueces comunes (...)”<sup>287</sup>.*

En efecto, el juez constitucional, al ejercer la jurisdicción constitucional, cada vez más, asume una función creativa de derecho, proceso que según explica Cappelletti se inicia desde el momento mismo en que el Juez Constitucional debe aplicar la Constitución y las Modernas Declaraciones de Derecho que contiene en forma concreta.

---

<sup>287</sup> CAPELLETTI, MAURO. “La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado”. Ob. Cit. Página 78. Lo escrito entre paréntesis es nuestro.

Explica que:

*“(…) contrariamente a la mayoría de las leyes ordinarias, las Constitucionales –y en el seno de estas, las declaraciones de derechos concretamente– son necesariamente sintéticas, vagas, alusivas; sus preceptos se expresan con frecuencia en términos a la vez ambiguos y cargados de valores, tales como la libertad, la democracia, la justicia, la dignidad, la igualdad; verdaderamente su fin radica más en la realización de valores que en la ordenación de procedimientos, más que en la descripción de programas que en la definición de poderes (...)”<sup>288</sup>.*

Por esta razón, frente a un conflicto constitucional y debiendo aplicar como norma decisoria litis el texto de la Carta Fundamental o una declaración de derechos, el Juez Constitucional “a quien se le ha confiado la tarea preñada de desafíos, de proteger judicialmente los derechos fundamentales, se enfrenta al siguiente dilema: o bien dotar de substancia a esas reglas, conceptos y valores vagos e enigmáticos –evidentemente una función ampliamente creativa– o bien concebir como no vinculante el núcleo mismo de la Constitución, es decir, esa parte de las mismas relativas a los derechos fundamentales del individuo frente al Estado”<sup>289</sup>.

---

<sup>288</sup> CAPPELLETTI, MAURO. “Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional”, en FAVOREU, LOUIS, editor, “Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1984. Página 618.

<sup>289</sup> Ibid. Página 619.

La decisión de optar por la primera alternativa se encuentra cargada de connotaciones valóricas y políticas, que el juez constitucional las debe asumir como propias de su función.

Como bien señala Fernández Segado:

*“(...) Es obvio a nuestro modo de ver, que conceptos como Estado de Derecho, Estado social, libertad, igualdad..., etc., no pueden ser interpretados sin tener muy presentes las ideas o convicciones sociales y políticas de una comunidad en un momento histórico concreto (...) la justicia constitucional óptima no se asienta en una consideración del órgano titular de la misma (el juez constitucional) como una instancia puramente técnica según los esquemas kelsenianos de pureza metódica, apartándolo de la realidad vital del Estado, que es dinamismo político; de ser así, el logro de “a living constitution”, una constitución viva, vigente, acorde con la realidad social, conseguido en Norteamérica gracias en buena medida a la actuación del Tribunal Supremo, sería una mera utopía (...).”<sup>290</sup>.*

Pero esta función política del juez constitucional, no ha sido asumida eficazmente ni el Ejecutivo ni el Parlamento, puesto que históricamente se

---

<sup>290</sup>

FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “Evolución Histórica y Modelos de Control Constitucional”. En “La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”. Ob. Cit. Página 79.

puede comprobar que no han podido defender plenamente la Constitución y los Derechos Fundamentales<sup>291</sup>, tampoco los jueces ordinarios han estado a la altura de estas circunstancias, por ello la necesidad de un órgano especial, independiente del resto de los Poderes tradicionales del Estado, en los que se incluye el Poder Judicial.

#### 3.6.1.4.- Legitimidad del Juez Constitucional.

Ya señalamos que la necesidad de una magistratura constitucional separada e independiente, capaz de controlar la constitucionalidad de todos los actos de los demás órganos del Estado y los de las personas y grupos intermedios si violan los Derechos Fundamentales, con la importancia y relevancia política que conlleva, trae como colorario que como ningún otro órgano del Estado deba legitimarse frente a la comunidad de un país.

Por la importancia de sus fallos, por su labor creadora de Derecho y por su función de guardián de los derechos fundamentales, resulta imprescindible la correspondiente arraigambre en la base de la comunidad de la necesidad de su existencia. Generalmente se critica al juez constitucional su carácter antidemocrático y que no son responsables ante los ciudadanos, como si lo

---

<sup>291</sup> Ver Capítulo II de esta memoria.

serían las autoridades representativas como el Ejecutivo y el Parlamento<sup>292</sup>. Al respecto el mismo profesor Cappelletti<sup>293</sup> nos entrega cinco argumentos para desvirtuar estas críticas y legitimar la función del juez constitucional:

En primer lugar, no es efectivo que los órganos políticos –ejecutivo y Parlamento– realmente recojan la “voluntad del Pueblo” –en el sentido que representen efectivamente los intereses de toda la comunidad– sino que simplemente representan los grupos de interés de predominantes en un momento determinado.

En segundo lugar, los jueces constitucionales no necesariamente carecen de representatividad en la comunidad, habida cuenta que en el caso norteamericano, los jueces son elegidos directamente por los ciudadanos, y aún en los demás sistemas, igualmente son elegidos precisamente por las autoridades políticas representativas –como el Presidente y el Parlamento–. Por lo tanto en un cuidadosa y seria forma de integración podemos encontrar la formula que permita que los diversos grupos de interés y las diferentes

---

<sup>292</sup> Crítica desarrollada por LORD DELVIN. “*Judges and Lawmakers*”. *Modern Law Review*. Citado por CAPPELLETTI, MAURO. “*Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional*”. Ob. Cit. Página 620.

<sup>293</sup> Ibid. Páginas 620 y siguientes.

visiones en un Estado puedan de alguna forma verse reflejado en el nombramiento y en la composición de los jueces y Cortes Constitucionales<sup>294</sup>.

Por otra parte, y en tercer lugar en un régimen democrático la labor de los jueces constitucionales permite aumentar la representatividad global del sistema, al tratar de igual forma, en un proceso constitucional, a todos los actores políticos dentro de una comunidad, dando acceso a la Justicia Constitucional no solo a la mayoría –como ocurría en el parlamento– sino que también a las minorías. Es más, las minorías pueden encontrar un mejor palco para expresar sus ideas en un proceso constitucional, frente a un juez constitucional, que en otros órganos públicos en los cuales no tiene ninguna participación.

En cuarto lugar, la existencia de jueces constitucionales que actúen a petición de parte, permite la participación de todos los actores de la comunidad, sean mayoría o minoría, en el control de constitucionalidad de todos los actos de los diversos órganos públicos. Si bien este argumento se ve en mayor medida recogido en los sistemas difusos, igualmente se aplica a todos los

---

<sup>294</sup> Ver crítica que los autores de esta monografía realiza a la forma de integración de nuestro Tribunal Constitucional. Ver apartado 4.1.4.3.2. en el Capítulo IV de esta memoria.

sistemas de control en que exista acción directa de cualquier particular para iniciar un proceso constitucional<sup>295</sup>.

En quinto y último lugar Cappelletti señala que siendo la democracia el régimen donde se pueden desarrollar y respetar de mejor forma los derechos fundamentales de las personas, resulta que como colorario que la democracia no puede existir mientras no se protejan en forma los derechos de las personas, a través de mecanismos eficaces. Todo ellos solamente puede darse mediante un sistema de justicia constitucional, con la existencia de jueces constitucionales independientes de los demás poderes lo que permite el real control de constitucionalidad de los actos de todos los órganos, y, al mismo tiempo, permite un equilibrio de fuerzas entre las diversas funciones.

Todos estos argumentos se pueden sintetizar en las siguientes palabras del profesor Cappelletti:

---

<sup>295</sup> Recordar que en nuestro país, las acciones constitucionales para la protección de los derechos fundamentales las puede deducir cualquier persona, con mínimos requisitos formales, sin embargo la acción para iniciar procesos de control de constitucionalidad de las leyes, en especial ante el Tribunal Constitucional, solamente pueden ser iniciadas por determinadas personas, salvo algunos casos de excepción. Al respecto ver Capítulo IV de esta memoria, apartado 4.2.2.3. Revisar también lo dicho respecto a la tendencia de ampliar cada vez más la "legitimidad" para iniciar un proceso constitucional, especialmente en los sistemas concentrados de control. Ver apartados 3.5.2.3.8 de este mismo Capítulo.



*“(…) Obviamente no puede reducirse la idea de democracia a una simple idea de mayorías. Como ya hemos dicho, democracia significa también participación; significa libertad y tolerancia. Una Justicia razonablemente independiente de los caprichos e intolerancias de las mayorías puede contribuir en gran medida a la democracia; cabe decir lo mismo de una justicia suficientemente activa, dinámica y creadora para poder asegurar simultáneamente la perseveración de un sistema de equilibrio de poderes frente a las ramas políticas, y los adecuados controles frente a esos otros centros de poder no gubernamentales o casi-gubernamentales, tan típicos de nuestras sociedades modernas (...)<sup>296</sup>.*

### **3.6.2.- JUEZ CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES.**

Ya dijimos que la defensa de la Constitución no es puramente un problema lógico o formal, sino que sustancial en la medida que la Carta Fundamental no solo se preocupa de la estructura del Estado sino que, además, recoge y promueve los derechos fundamentales de las personas, por lo que la tutela efectiva de la supremacía constitucional se constituye como derecho fundamental en sí mismo habida cuenta que es la principal garantía del respeto a los demás derechos fundamentales.

---

<sup>296</sup> CAPPELLETTI, MAURO. *“Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional”*. Ob. Cit. Página 633.

Siendo el juez constitucional el llamado a resolver los conflictos constitucionales y ha realizar la tutela de la supremacía constitucional, necesariamente se erige como guardián de los derechos fundamentales de las personas, sobrepasando en creces la mera función de legislador negativo que alguna vez explicó Kelsen, sino que asumiendo el rol de creador de Derecho.

### **3.7.- LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL.**

#### **3.7.1.- GENERALIDADES.**

Todos los elementos de los que hemos estudiado se concretizan en torno a la sentencia constitucional, a través de ella el juez constitucional resuelve el conflicto constitucional ejerciendo la función jurisdiccional constitucional. La sentencia constituye la etapa esencial de la Jurisdicción<sup>297</sup>.

De ahí la importancia del estudio de la sentencia constitucional como elemento de cierre o clausura de la Justicia Constitucional. El conflicto constitucional, como origen y punto de partida del estudio y de la construcción del sistema de Justicia Constitucional, tiene como contrapartida la sentencia del juez constitucional mediante el cual se satisface el objetivo de la Justicia

---

<sup>297</sup> COLOMBO CAMPBELL, JUAN. *“La Jurisdicción en el Derecho Chileno”*. Ob. Cit. Página 58.

Constitucional: resolver o solucionar, mediante la aplicación de la norma constitucional como norma decisoria litis, con efecto obligatorio para todos los órganos del Estado, grupos intermedios y personas individualmente consideradas, los conflictos constitucionales que se promuevan dentro de un Estado y con ello restablecer la vigencia del principio de Supremacía Constitucional.

Así las cosas, la sentencia constitucional es, como toda sentencia jurisdiccional, un acto jurídico procesal<sup>298</sup> del Juez Constitucional, que pone fin al proceso constitucional. Pero por ese solo hecho no se soluciona el conflicto constitucional<sup>299</sup>, es necesario además que la decisión del juez constitucional sea acatada por todos los órganos del Estado, grupos y personas, y que los efectos de ella sean efectivamente cumplidos en el ordenamiento jurídico, sin que estas circunstancias ocurran el conflicto constitucional seguirá existiendo y la actividad del juez constitucional habrá sido inoperante, pues, al estar sin solución el conflicto constitucional, equivaldría simplemente a no tener ningún

---

<sup>298</sup> Sobre la definición de sentencia, y de las resoluciones judiciales en general, en torno a la Teoría de los Actos Procesales, ver COLOMBO CAMPBELL, JUAN. *“Los actos procesales”*. Ob. Cit. Tomo II. Páginas 336 y siguientes.

<sup>299</sup> “(...) La ejecución de la sentencia equivale a la conversión de ésta en actos; el derecho existía, pero sólo se transforma en realidad mediante el mandato contenido en la sentencia, y éste no puede dejar de llevarse a efecto, puesto que de otro modo sería ilusorio y teórico (...). De faltar este momento, la jurisdicción no cumpliría con la esencial función de mantener la vigencia real de la ley (de la Supremacía de la norma Constitucional), ya que la falta de cumplimiento por parte del infractor provocaría al sistema una doble contravención; la primera de la ley (de la Constitución), y la segunda de la sentencia (...). COLOMBO CAMPBELL, JUAN. *“La Jurisdicción en el Derecho Chileno”*. Ob. Cit. Página 61-62. Lo escrito entre paréntesis es nuestro.

sistema de Justicia Constitucional. De ahí la importancia de estudiar los efectos de sentencia constitucional y la modificación que ella produce en el ordenamiento jurídico.

Pero más allá de ello, a través de la sentencia constitucional, además, el juez constitucional procede a realizar la interpretación de la Constitución, sobrepasando la mera función de legislador negativo al algún día pensó Kelsen, para transformarse en el verdadero Guardián de la Constitución.

La sentencia constitucional la estudiaremos a través de sus efectos de acuerdo a la materia respecto de la cual se pronuncia: sea por declaración de inconstitucionalidad de la ley, sea por el control de eficacia de los derechos fundamentales, ya que son diferentes en cada uno de ellas.

### **3.7.2.- DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL.**

#### **3.7.2.1.- Efectos obligatorios de la sentencia constitucionalidad.-**

Debemos partir nuestro análisis reconociendo que, como cualquier sentencia jurisdiccional, la sentencia que pronuncia el juez constitucional, en cualquiera de las materias en las cuales se dicta, siendo magistratura constitucional ordinaria o especializada, tiene efectos obligatorios y vinculantes

para todos los órganos del Estado, así como para todos los grupos intermedios y personas individualmente consideradas.

Esta obligatoriedad de la sentencia, la podemos asimilar, por ahora, con la cosa juzgada que producen las decisiones de los órganos jurisdiccionales, que permiten hacer efectiva el contenido de la sentencia, incluso compulsivamente, y además, impide que el mismo conflicto constitucional se vuelva a presentar al conocimiento de un juez constitucional, pero desde ya señalamos que necesariamente las decisiones del juez constitucional no participan estrictamente de todas las características de la cosa juzgada civil o común.

Pero los efectos son diferentes si se trata del control de constitucionalidad de las leyes, pues implica una modificación en el ordenamiento jurídico positivo, pues estaríamos ante la nulidad de una norma de rango legal, que se sacaría del sistema de normas.

En el caso del control de eficacia de los derechos fundamentales, puede darse una modificación en el ordenamiento jurídico positivo tratándose de actos de la administración que impliquen normas jurídicas, pero también puede darse en actos de particulares. Veremos cada caso a continuación.

3.7.2.2.- Efectos de la sentencia constitucional en relación con la declaración de inconstitucionalidad de las leyes.

3.7.2.2.1.- Generalidades.

En el estudio de los modelos de control de constitucionalidad de las leyes y otras normas jurídicas de rango legal, señalamos que uno de los criterios para distinguir los modelos de control era precisamente el efecto de la declaración de inconstitucionalidad que, para nosotros, equivale simplemente al efecto de la sentencia en cada uno de esos modelos.

También señalamos que era este el momento para su estudio y solamente adelantamos, en esa oportunidad que, en el caso del modelo difuso o norteamericano, el efecto de la sentencia de inconstitucionalidad es *inter partes* o con efectos relativos, declarativos de inconstitucionalidad y operan *ex tunc*; en cambio, en el sistema austriaco o concentrado, los efectos de la sentencia constitucional son generales o erga omnes, por lo que implica sacar del ordenamiento jurídico la norma objeto de la sentencia, constitutivos de inconstitucionalidad y operan *ex nunc*, según podremos ver en un momento más.

Pero en uno y otro caso, tenemos que hacer algunas importantes precisiones. En primer lugar debemos tener presente, que estamos hablando de las sentencias que acogen la cuestión de constitucionalidad planteada y declaran la inconstitucionalidad de una ley. No estamos en el caso de las sentencias que no acogen la cuestión de inconstitucionalidad.

Ahora bien, en el caso de las sentencias que acogen la cuestión de constitucionalidad y en definitiva declara inconstitucional una ley, sin importar el sistema de control de constitucionalidad de la ley, nos encontramos que son esencialmente tres las posibilidades de los efectos de una declaración de inconstitucionalidad: 1°.- Que la declaración impida la promulgación de la ley inconstitucional. 2°.- Que la declaración produzca que la ley inconstitucional deje de producir efectos. 3°.- Que la declaración implique no aplicar la ley inconstitucional a un caso dado<sup>300</sup>.

En el primer caso nos encontramos frente al control de constitucionalidad de un proyecto de ley y no de una norma jurídica vigente, presentes, por regla general, en los sistemas concentrados. El efecto de la declaración de inconstitucionalidad es simplemente que dicho proyecto no será

---

<sup>300</sup> BERTELSEN, RAÚL. *“Control de Constitucionalidad de la ley”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1969. Páginas 95-96. Citado por RUBANO LAPASTA, MARIELA. *“Valor Jurídico de las Sentencias sobre inaplicabilidad de las leyes”*. En Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile. Volumen VIII. Valdivia Diciembre de 1997. Página 108.

ley y nunca será aplicado. En el caso de los dos casos restantes, nos encontramos frente al control posterior, a posteriori o represivo de constitucionalidad, donde la declaración de inconstitucionalidad se realiza sobre una ley plenamente vigente que se encuentra desarrollando todos sus efectos. Es este último ámbito donde desarrollaremos los efectos de la sentencia constitucional, excluyendo el tema del control previo o preventivo.

La aclaración realizada tiene importancia, pues como dice Cappelletti, las posibilidades que puede dar las sentencias constitucionales en relación con la declaración de inconstitucionalidad de la ley son múltiples de la más diversa naturaleza, lo que hace imposible realizar una “sintética encuadratura comparativa”<sup>301</sup> de todos los casos en un solo esquema. Por ello preferimos enfocar el problema de los efectos de la sentencia constitucional en torno a la declaración de inconstitucionalidad de leyes vigentes.

---

<sup>301</sup> CAPPELLETTI, MAURO. *“La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado”*. Ob. Cit. Página 106.



3.7.2.2.2.- Efecto de la sentencia constitucional en el modelo difuso o norteamericano de control de la constitucionalidad.

a).- Efectos *in casu et inter partes* o relativos.

El primer efecto que salta a la vista de la sentencia que declara la inconstitucional es que solamente se aplica al caso concreto donde se promueve la cuestión de inconstitucionalidad y respecto de las partes que intervienen en ese caso, por ello produce efectos *in casu et inter partes* o relativos, y no tiene efectos generales<sup>302</sup>.

Por esta razón, no existe en la sentencia una declaración formal y abstracta de inconstitucionalidad<sup>303</sup>, que permita sacar del ordenamiento jurídico a la norma inconstitucional, simplemente el juez no aplica la norma inconstitucional al caso concreto.

El carácter relativo de la sentencia de la sentencia constitucional resulta de aplicar lisa y llanamente los principios generales del Derecho Procesal y de

---

<sup>302</sup> Ibid. Página 101. En el mismo sentido BREWER-CARIAS, ALLAN R. “*Jurisdicción Constitucional en América Latina*”. En “*Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*”. Ob. Cit. Página 130. También PEREIRA MENAUT. ANTONIO-CARLOS. Ob. Cit. Página 301-302.

<sup>303</sup> Los términos de declaración *formal* y *abstracta* de inconstitucionalidad son usados por PEREIRA MENAUT. ANTONIO-CARLOS. Ob. Cit. Página 301-302.

la Cosa Juzgada en materia constitucional. Dicha relatividad, también, produce el mayor problema del sistema difuso, los “contrastes de tendencias” o, en palabras más simples, las decisiones contradictorias en materia de control de constitucionalidad, pues como no se altera la vigencia de la ley inconstitucional, ésta siempre se va poder aplicar mientras no se acoja una cuestión de inconstitucionalidad. Ya tuvimos la oportunidad de hablar de los problemas que los “contrastes de competencia” produce en el ordenamiento jurídico de un Estado, así como las soluciones que se han buscado, tanto en países de tradición anglosajona, como en países de tradición romanista, remitiéndonos a ello<sup>304</sup>.

Lo que queremos rescatar y poner énfasis, que esta característica de los sistemas difusos, incluso en los países en que originalmente se aplicó, ha tendido a desaparecer. En efecto, la necesidad de uniformar los criterios y de sacar del ordenamiento jurídico la norma inconstitucional, han dado paso a la generalidad de los efectos de la sentencia constitucional<sup>305</sup>.

---

<sup>304</sup> Ver apartado 3.5.2.2.9. de este mismo Capítulo.

<sup>305</sup> Ver apartado 3.5.2.2.9. de este mismo Capítulo.

## b).- Efectos declarativos de nulidad de la sentencia constitucional.

Relacionado con lo anterior, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en el sistema difuso o norteamericano de control de constitucionalidad de las leyes, además, es de carácter *declarativa de nulidad*. Siendo la ley inferior contraria a la ley superior, por ello es ineficaz y sin ningún valor desde su origen, como si nunca hubiera existido. Por lo tanto la labor del juez constitucional es simplemente constatar la existencia del vicio de inconstitucionalidad, luego, el juez no anula, sino meramente declara una preexistente nulidad de la norma inconstitucional<sup>306</sup>.

Por esta razón la ley inconstitucional es considerada *ab initio*<sup>307</sup> como nula y sin ningún valor desde su promulgación.

Pero así como declara la nulidad de la ley inconstitucional, por el efecto relativo de la sentencia, aquella sigue vigente y podría ser aplicada en otros casos, siendo éste otro aspecto de los contrastes de tendencia del sistema difuso<sup>308</sup>.

---

<sup>306</sup> CAPPELLETTI, MAURO. "La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado". Ob. Cit. Página 99.

<sup>307</sup> BREWER-CARIAS, ALLAN R. "Jurisdicción Constitucional en América Latina". En "Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica". Ob. Cit. Página 131.

<sup>308</sup> Ver apartado 3.5.2.2.9 de este mismo Capítulo.

c).- Efectos retroactivos, *ex tunc* o *pro praeterito*.

Siendo declarativa de nulidad, la sentencia constitucional tiene efecto retroactivo, *ex tunc* o *pro praeterito*, pues se considera la ley inconstitucional desde el momento mismo de su promulgación<sup>309</sup>, por aplicación de los principios generales que informan la declaración de nulidad.

Pero aquí se produce un problema. ¿Qué ocurre con la validez de los actos celebrados de acuerdo a la ley inconstitucional antes de la declaración de nulidad en la sentencia constitucional?.

Si llevamos al extremo el principio de retroactividad de la nulidad de la sentencia constitucional, tendríamos que todos y cada uno de los actos celebrados y normas jurídicas dictadas al amparo de la ley inconstitucional serían igualmente nulas y sin valor desde su origen. Problema mayor teniendo en cuenta que es muy posible que la ley inconstitucional se haya aplicada pacíficamente por todos los órganos del Estado y las personas por un largo periodo de tiempo.

---

<sup>309</sup> CAPPELLETTI, MAURO. "La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado". Ob. Cit. Página 100. En el mismo sentido BREWER-CARIAS, ALLAN R. "Jurisdicción Constitucional en América Latina". En "Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica". Ob. Cit. Página 131.

Este problema se ha intentado solucionar en la práctica mediante la incorporación de *criterios de pragmatismo y elasticidad en las sentencias constitucionales*, atendido el caso de que se trate, como lo ha hecho la Suprema Corte de Estados Unidos, así también en otros ordenamientos en que existe efecto retroactivo de las declaraciones de inconstitucionalidad, han venido a morigerar el rigor de dichos efectos procurando proteger los efectos *consolidados* de los actos realizados sobre la base de leyes inconstitucionales.

Como reflexiona Cappelletti:

*“(...) En particular, baste decir aquí que en materia penal las Cortes americanas han considerado siempre –y ahora la ley alemana y la italiana expresamente disponen– que, no obstante la ejecutoriedad de la sentencia penal de condena, nadie, debe ser constreñido a expiar una pena que haya sido afligida en aplicación de una ley declarada inconstitucional posteriormente. En materia civil, en cambio, y a veces también en materia administrativa, se ha preferido respetar ciertos “efectos consolidados” (entre los cuales emerge particularmente la autoridad de la cosa juzgada) producidos por actos basados en leyes declaradas a continuación contrarias a la Constitución: y esto en consideración al hecho de que, de otra manera, se tendrían demasiado graves repercusiones en la paz social, o sea en la exigencia de un*

*mínimo de certeza y de estabilidad de las relaciones y situaciones jurídicas (...)*<sup>310</sup>.

3.7.2.2.3.- Efecto de la sentencia constitucional en el modelo concentrado o austriaco de control de la constitucionalidad.

a).- Efecto general o *erga omnes* de la sentencia constitucional.-

A diferencia del control difuso, la sentencia constitucional que declara la inconstitucionalidad de una ley, tiene efectos generales o *erga omnes*, es decir, dicha ley pierde vigencia en todo el ordenamiento jurídico, no pudiendo, en consecuencia, ser aplicada nuevamente<sup>311</sup>.

Cappelletti resume gráficamente este efecto de la declaración de inconstitucionalidad de la siguiente forma:

---

<sup>310</sup> CAPPELLETTI, MAURO. *"La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado"*. Ob. Cit. Páginas 105-106.

<sup>311</sup> CAPPELLETTI, MAURO. *"La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado"*. Ob. Cit. Página 101. Lo destacado es nuestro. En el mismo sentido BREWER-CARIAS, ALLAN R. *"Jurisdicción Constitucional en América Latina"*. En *"Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica"*. Ob. Cit. Página 155-156.

“(…) La ley, en otras palabras, una vez dictada la resolución de inconstitucionalidad **es quitada de en medio para todos**, del mismo modo como si hubiese sido abrogada por una ley posterior (…)<sup>312</sup>.

Sin perjuicio de las palabras del profesor italiano, de todas maneras preferimos no usar los términos de derogación o abrogación para definir el efecto general de la sentencia constitucional por el diferente ámbito de que se trata cada materia.

Nos quedamos, eso sí, con la idea que la norma jurídica de rango legal inconstitucional es *sacada* del ordenamiento jurídico y no puede ser volver a ser aplicada, por lo que implica que la sentencia constitucional modifica directamente el ordenamiento jurídico y hace *desaparecer*<sup>313</sup> de éste la norma inconstitucional.

---

<sup>312</sup> CAPPELLETTI, MAURO. “*La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado*”. Ob. Cit. Página 101.

<sup>313</sup> Término usado, para graficar el efecto de la declaración de inconstitucionalidad, por VANOSI, JORGE REINALDO. “*Teoría Constitucional II. Supremacía y Control de Constitucionalidad*”. Editado por Depalma. Buenos Aires 1976. Página 176. Citado por RUBANO LAPASTA, MARIELA. Ob. Cit. Página 108.

## b).- Carácter constitutivo de la sentencia constitucional.

La declaración de inconstitucionalidad de la sentencia constitucional no constata una nulidad preexistente, sino que *anula o casa* (“*aufhebt*”)<sup>314</sup> la ley inconstitucional, que hasta antes de dicha declaración era plenamente eficaz y válida. De esta forma, el carácter de inconstitucional, y por ello ineficaz, de la ley, nace recién con la dictación de la sentencia del juez constitucional y no antes.

c).- Efecto *ex nunc o pro futuro* de la sentencia constitucional.

Íntimamente relacionado con el carácter constitutivo de inconstitucionalidad, y como consecuencia lógica de ello, es que la sentencia constitucional solamente tiene efecto hacia el futuro y no retroactivos. Desde la promulgación de la ley hasta que se declara su inconstitucionalidad por el juez constitucional y se *anula*, la ley en cuestión es plenamente vigente y válida, y solo con la sentencia constitucional, pierde vigencia y validez<sup>315</sup>.

---

<sup>314</sup> Términos usados por Cappelletti. Ibid. Página 100.

<sup>315</sup> Ibid. Página 101. En el mismo sentido BREWER-CARIAS, ALLAN R. “*Jurisdicción Constitucional en América Latina*”. En “*Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*”. Ob. Cit. Páginas 156-157.



Al igual como en el caso difuso la aplicación estricta y extrema del principio de retroactividad de los efectos de la sentencia constitucional trae problemas e indeseables consecuencias, la aplicación estricta del principio de efecto *ex nunc* o *pro futuro* trae otros tantos problemas.

En efecto, la imposibilidad de aplicar la declaración de inconstitucionalidad con anterioridad a la dictación de la sentencia produce el problema de la existencia de actos y normas jurídicas que nacieron amparadas en la ley inconstitucional y cuyos efectos se siguen produciendo después de la declaración de inconstitucionalidad. Además, no podría aplicarse la sentencia constitucional al mismo proceso que en forma incidental promovió la cuestión de constitucionalidad<sup>316</sup>.

Pero no solo eso, como bien apunta Cappelletti:

*“(...) la norma inconstitucional, repito, es considerada perfectamente válida y eficaz hasta el momento en el cual será publicada, sin fuerza retroactiva, la resolución de la Corte*

---

<sup>316</sup>

Recordemos que si bien en el modelo de control concentrado se plantea la cuestión de constitucionalidad en un proceso autónomo vía principal, de todas maneras se incorpora en Austria, Alemania e Italia, la posibilidad que los mismos jueces ordinarios, en casos que conozca, puedan plantear la cuestión de constitucionalidad al Tribunal Constitucional respectivo, por lo que cabe que existan juicios concretos pendientes a los cuales la declaración de inconstitucionalidad no se les aplicaría si se llevara al extremo el principio *pro futuro* en el sistema concentrado. Ver apartado 3.5.2.3.8. de este mismo Capítulo.

*Constitucional: de modo que los hechos, deducidos en los procesos pendientes ante la Oberstergerichtshof (Tribunal Supremo) y la Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Supremo administrativo) fueron – en la época en la cual se verificaron – válidamente, eficazmente disciplinados por la norma inconstitucional. De todo esto se desprendería la consecuencia, perfectamente lógica y coherente en teoría pero evidentemente absurda e inaceptable en la práctica, de que la resolución de la Corte constitucional no podría tener ninguna eficacia precisamente respecto a aquellos casos concretos pendientes delante de la Oberstergerichtshof o de la Verwaltungsgerichtshof, en el curso de los cuales haya surgido la cuestión de constitucionalidad (...)*<sup>317</sup>.

Por ello, desde su puesta en marcha, el modelo concentrado ya consideró –por ejemplo en el caso alemán e italiano que siguieron al modelo austriaco– la posibilidad que “(...) el mero hecho de la inconstitucionalidad sea causa de *nulidad absoluta* y por consiguiente de ineficacia *ipso iure* de las leyes, antes que esta inconstitucionalidad sea declarada todavía solemne y vinculantemente por la sentencia de la Corte constitucional competente (...)

<sup>318</sup>.

---

<sup>317</sup> CAPPELLETTI. MAURO. “La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado”. Ob. Cit. Página 103-104.

<sup>318</sup> Ibid. Página 102.

Por lo tanto, al igual como ocurrió en el sistema difuso respecto a la retroactividad de la declaración de inconstitucionalidad, en el modelo concentrado también se encuentra morigerado el rigor del principio de efectos pro futuro de la sentencia constitucional, aplicando los efectos de la declaración de inconstitucionalidad a casos anteriores a la dictación de la sentencia por el juez constitucional, como en el caso de existir procesos pendientes donde se planteo la cuestión de inconstitucionalidad en forma incidental, y en otros casos dependiendo de las circunstancias<sup>319</sup>.

#### 3.7.2.2.4.- Necesidad de efectos generales y de uniformidad en la sentencia constitucional.

De todo lo que hemos dicho podemos concluir en esta parte de la materia, que en el caso de los efectos de la sentencia constitucional cuando declara la inconstitucionalidad de una ley, estos deben ser generales, no importando el modelo o sistema que se siga, con criterios de aplicación uniformes y constantes, en resguardo de la Supremacía Constitucional<sup>320</sup>.

---

<sup>319</sup> Ibid. Página 102.

<sup>320</sup> A la misma conclusión llega RUBANO LAPASTA, MARIELA. Ob. Cit. Página 109. Debemos decir en todo caso que en nuestro medio no ocurre esto. La declaración de inconstitucionalidad hecha por la Corte Suprema, en el ejercicio de un control posterior o represivo por el conocimiento y fallo de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, sin perjuicio de ser un control concentrado radicado en un solo órgano, tiene efectos relativo o *inter partes*, produciéndose el problema de los “contrastes de tendencias” o fallos contradictorios, con los serios problemas que ellos trae como consecuencia. Ver al respecto lo dicho en los apartados 3.5.2.2.9 de este

Tanto en el sistema concentrado y especialmente en el difuso –que en su planteamiento original no establece efectos generales de la sentencia constitucional– puede claramente reconocer la tendencia a dar generalidad a la decisión del juez constitucional, para los efectos que una ley estimada inconstitucional no pueda ser aplicada nuevamente bajo ninguna circunstancia, pues solamente así se restablece y se mantiene el principio de supremacía constitucional, solucionando la sentencia constitucional completa y plenamente el conflicto constitucional que le es planteado al juez constitucional.

Los efectos generales de la sentencia constitucional, para evitar las decisiones contradictorias y que una norma contraria a la constitución se siga aplicando, va íntimamente ligado al principio de la *uniformidad* de la jurisprudencia constitucional, y también, a la necesidad de un juez constitucional especial y único, del cual ya tuvimos tiempo de hablar en el apartado pasado<sup>321</sup>. En efecto, como eslabones de una misma cadena, todos estos elementos van unidos de manera tal que uno no sirve sin el otro. Si existe un juez constitucional especializado y único, que dicte sentencias cuyos efectos

---

mismo capítulo y el apartado 4.2.2.2.1. del Capítulo IV en relación con el caso chileno. Sin perjuicio de volver sobre este punto, adelantamos que proponemos para Chile que la declaración de inconstitucionalidad tenga efectos generales, existiendo, como posibilidades, que la eficacia general se produzca concurriendo tres fallos consecutivos y uniformes, recaídos ante presupuestos iguales o similares, como lo propone RUBANO LAPASTA. Ibid página 109. Otra posibilidad, que nos parece más atendible, es definitivamente sacar el control posterior de constitucionalidad de la ley de la Corte Suprema y entregarlo al Tribunal Constitucional, que falle directamente con efectos generales.

son generales, evidentemente que no se producirán contrastes de tendencias, sino por el contrario, una unidad, coherencia y constancia de criterios para solucionar casos semejantes de una forma similar.

De esta forma, no importa el sistema al cual un ordenamiento jurídico adhiere, la sentencia constitucional debe tener efectos generales y debe proceder a modificar el ordenamiento jurídico positivo, sacando la norma inconstitucional de éste.

### 3.7.2.3.- Efectos de la sentencia constitucional en el control de eficacia de los derechos fundamentales.

Todo lo dicho respecto de los efectos de la sentencia en el caso del control de constitucionalidad de las leyes no resulta aplicable al control de constitucionalidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En ningún caso se puede hablar de sistemas difusos o concentrados de control, sino simplemente de control eficacia de los derechos fundamentales.

En este ámbito, no nos encontramos con el control de normas jurídicas vigentes anticonstitucionales, sino que, generalmente, con “actos”<sup>322</sup> realizados

---

<sup>321</sup> Ver apartado 3.6.1.3. de este mismo Capítulo.

<sup>322</sup> Sin perjuicio que nos podríamos encontrar con determinados actos que impliquen la

por los órganos del Estados, pero también por los grupos intermedios y como por personas individualmente consideradas.

La intervención del juez constitucional en este caso es para evitar, en lo inmediato, las consecuencias de estos actos lesivos de derechos fundamentales y restablecer, como en todas estas materias, la Supremacía Constitucional.

Por ello, como tuvimos oportunidad de decirlo, es que la intervención del juez constitucional debe ser rápida y expedita para que sea eficaz como en ningún otra materia, incluso más en el control de constitucionalidad de la ley. Si no fuera rápida y expedita, necesariamente los derechos fundamentales que intenta proteger perderían eficacia en los hechos, y nos veríamos, a la larga, en la misma situación que se encontraban los ciudadanos en los orígenes del constitucionalismo clásico, donde existían declaraciones de derechos, pero sin mecanismos para protegerlos.

---

dictación de alguna norma jurídica –como un decreto de una Municipalidad– en los que podría caber el control de eficacia de los derechos fundamentales. Pero en todo caso son normas jurídicas con rango inferior al de la ley. Por cierto que aclaramos que podemos encontrarnos con leyes que violen derechos fundamentales, pero ello cabe dentro del mismo control de constitucionalidad de la ley, que ya vimos, y mediante el cual se declarará la inconstitucionalidad de la ley, por vicio de fondo, al violar derechos fundamentales.

Todos estos aspectos trasuntan en la sentencia del juez constitucional. Si bien es cierto que resuelven un conflicto constitucional preciso –la violación de la supremacía constitucional, concretamente de un derecho fundamental– solamente se limita a evitar en lo inmediato la perturbación de los derechos fundamentales lesionados, sin extenderse a las demás consecuencias que podrían producirse a partir de la ejecución del acto anticonstitucional. En otras palabras, la sentencia constitucional en esta materia tiene un objetivo bien definido, el cual circunscribe además sus efectos: restablecer en el caso concreto la Supremacía Constitucional, restituyendo vigencia y eficacia del derecho fundamental lesionado. Para este objetivo, el juez constitucional debe dejar sin efecto el acto anticonstitucional en la parte que viole los derechos fundamentales, pero no puede zanjar o solucionar los conflictos jurídicos de fondo (civiles, criminales, administrativos, etc.) que dicho acto puede producir, los que deberán ser resueltos por los tribunales competentes (civiles, criminales, administrativos, etc.)<sup>323</sup>.

Así las cosas, la sentencia constitucional tiene solamente carácter de cautelar de los derechos fundamentales, excediendo sus límites, la solución de los demás conflictos jurídicos que se podrían producir.

---

<sup>323</sup>

Así por ejemplo en nuestro medio expresamente se consagra, en el inciso 1° del artículo 20 de la Constitución Política de la República, en relación con la acción de protección, que el objeto de esta acción cautelar es “(...) restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección al afectado, **sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales de justicia competentes** (...)”. Lo destacado es nuestro.

Ello en plena concordancia con el carácter objetivo o abstracto del conflicto constitucional, el cual queda muy claro en este caso, toda vez que, aun cuando existe un caso concreto y específico, el cual tiene consecuencias civiles, criminales, y de otros ámbitos, la sentencia constitucional no va a resolver dicho caso concreto, solamente resolverá el conflicto constitucional de violación de derechos fundamentales que se produce a propósito de ese caso concreto. Al resolver, no se toma en cuenta el fondo del caso concreto, solamente si los derechos fundamentales que se estima que se encuentran violados, efectivamente están siendo o no lesionados.

### **3.7.3.- SENTENCIA CONSTITUCIONAL Y COSA JUZGADA.**

En este punto del desarrollo del tema de la sentencia constitucional, queremos ver la relación de la sentencia constitucional con el instituto procesal de la Cosa Juzgada. No queremos entrar en la discusión si la cosa juzgada, como institución propia del Derecho Procesal, se aplica o no, en forma estricta, a la sentencia constitucional<sup>324</sup>. Lo que queremos analizar en este punto es, a

---

<sup>324</sup> Creemos que no se aplica en términos estrictos. Creemos que llevar al extremo su aplicación en materia de la Justicia Constitucional nos hace perder el hilo de la discusión y caer en problemas sin sentido. Así pues, por no participar la Justicia Constitucional, en rigor, de los elementos de la cosa juzgada –especialmente su inamovilidad– algunos eminentes autores consideran que, por esa razón, aquella no tendría carácter *jurisdiccional*, sino uno más cercano a la competencia no jurisdiccional o voluntaria que poseen tradicionalmente los tribunales de justicia. Así opina Mauro Cappelletti siguiendo a Francesco Carnelutti. Ver CAPPELLETTI, MAURO. “*La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado*”. Ob. Cit. Página 107. Además, ver las notas bibliográficas que ahí se señalan. Consideramos que no podemos quitarle el



la luz de los elementos de la cosa juzgada, la certeza de la sentencia constitucional y, además, la necesaria flexibilidad que aquella debe tener para permitir el desarrollo de la interpretación constitucional.

Creemos que son estos dos aspectos los que marcan a la sentencia constitucional: 1°.- La fijeza de la decisión constitucional que permite resolver en forma definitiva el conflicto constitucional, y; 2°.- La flexibilidad y capacidad de cambio constitucional. La armonía de estos dos aspectos en la sentencia constitucional resulta gravitante para que el juez constitucional y la Justicia Constitucional puedan cumplir sus fines<sup>325</sup>.

Así las cosas, la sentencia constitucional participa del elemento de certeza y fijeza de la cosa juzgada, necesario para zanjar el conflicto constitucional específico en forma definitiva.

Pero no participa de la inmutabilidad o la inamovilidad de la cosa juzgada –por la cual impide que el mismo conflicto pueda ser sometido a una nueva decisión jurisdiccional– por la necesidad de tener criterios flexibles en el

---

carácter de jurisdiccional a la Justicia Constitucional solamente por esa circunstancia, en especial si las decisiones de los jueces constitucionales son obligatorias y vinculantes para todos los órganos del Estado, grupos intermedios y personas.

<sup>325</sup> BOCANEGRA SIERRA, RAÚL. *“El valor de la sentencia del Tribunal Constitucional”*. Instituto de Estudios de Administración Superior. Madrid. Página 161. Citado por RUBANO LAPASTA, MARIELA. Ob. Cit. Página 108.

tiempo para ir adecuando la interpretación de la norma constitucional a los cambios que experimenta la realidad socioeconómica, política y cultural de la comunidad, los que deben irse plasmando en el contenido Constitución; necesidad que si bien se encuentra presente, no es esencial e imprescindible en materia de Derecho Común donde tiene toda su vigencia el efecto de cosa juzgada de las sentencias jurisdiccionales.

De esta forma, la cosa juzgada común de Derecho Procesal es útil para definir algunas de los elementos de la sentencia constitucional, pero no para abarcarla en su globalidad.

Como reflexiona Bocanegra:

*“(...) Enmarcar los efectos de las sentencias del órgano de control a partir de la “cosa juzgada”, que permite precisar su alcance respecto de los sujetos, el contenido obligatorio de la decisión, y el tiempo en que este contenido obligatorio alcanza a estos sujetos, exige introducir modificaciones en relación al modo en que el concepto de cosa juzgada se utiliza en el derecho procesal general, habida cuenta de lo restringido alcance del mismo (...).”*

*“(...) En las relaciones de la vida o de la opinión jurídica general, en cuanto, en realidad, ello vendría a suponer una auténtica mutación*

*de la situación fáctica inicial, lo que permitiría al Tribunal Constitucional (a todo juez constitucional) desconocer el valor de la cosa juzgada de la anterior decisión (la inmutabilidad de la cosa juzgada) y decidir por medio de una nueva sentencia la misma cuestión de modo diferente (...)*<sup>326</sup>.

Por ello resulta consustancial a la sentencia constitucional una interpretación constitucional acorde con el crecimiento del cuerpo social, que permite el crecimiento de la Constitución, de forma que a través de la jurisprudencia del juez constitucional se va mutando la Constitución, que significa ajustar el significado de la cláusula constitucional, sin alterar el texto.

### **3.8.- SÍNTESIS Y CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO.**

Después de todo lo dicho resulta necesario poner énfasis en algunas ideas sobre las cuales hemos ido estudiando los diferentes elementos de la Justicia Constitucional.

En primer término debemos reconocer el estudio del conflicto constitucional como punto de partida y origen a cualquier discusión o debate posterior, cuya esencia es la violación del principio de supremacía

---

<sup>326</sup> BOCANEGRA SIERRA, RAÚL. Ob. Cit. Página 217. Lo escrito entre paréntesis es nuestro. Citado también por RUBANO LAPASTA, MARIELA. Ob. Cit. Página 109.

constitucional en cualquiera de los ámbitos en el cual ella se desarrolla. Por lo que restablecer el principio de Supremacía Constitucional es el objeto y fin de todo el sistema de Justicia Constitucional.

Así como la existencia de un conflicto constitucional es el punto de partida de nuestro estudio, el punto de clausura o cierre necesariamente es la decisión o sentencia que se resuelve en forma definitiva el conflicto constitucional, con efecto obligatorio y vinculante para todos los actores de un Estado, sean sus órganos, grupos intermedios y personas individualmente consideradas, restableciendo con ello la Supremacía y la vigencia de la Constitución.

Todos los demás elementos estudiados se conjugan sobre estos dos aspectos ya señalados: El Estado, que excluye absolutamente la violencia como forma de solución de los conflictos constitucionales, mediante uno de sus órganos, el juez constitucional, usa una de sus funciones, la función jurisdiccional constitucional, para solucionar en forma pacífica y racional el conflicto constitucional.

Pero toda esta ilación lógica se sustenta en una idea atraviesa todas las materias y que le da fundamento, unidad y cohesión a todo el sistema. La necesidad de mantener vigente la supremacía de la Constitución respecto de

todas las demás normas y actos dentro de un ordenamiento jurídico y solucionar los conflictos constitucionales, nace no solamente de la mera necesidad lógica-formal de mantener la vigencia de la norma cúspide del ordenamiento jurídico, sino que, además y por sobre todo, nace del imperativo de reforzar los fundamentos del Estado de Derecho y del Régimen Democrático, que se ven mermados con la violación de la Supremacía Constitucional. Adicionado a ello, defender la Constitución también implica la defensa de los Derechos Humanos Fundamentales que se encuentran recogidos en su contenido material.

Ahora bien todos los elementos estudiados, son en definitiva articulados y puestos en marcha, sobre la base de la idea que subyace en todo el sistema, esto es, defender el Estado de Derecho, el Régimen Democrático y los Derechos Humanos Fundamentales, a través de la labor del juez constitucional, en el cual se encarna esta misión esencial del Estado.

El juez constitucional, siendo el órgano encargado de dar vida a todos los elementos de la Justicia Constitucional, surge como el verdadero guardián de la Constitución, y cuya actividad en ningún caso puede denominarse o conceptualizarse como *“neutra”*. Por el contrario, siendo tan esencial dicha función que el juez constitucional se erige como un órgano con un extraordinario papel político, por los valores y principios que se ven en juego –

Estado de Derecho, Democracia, Derechos Fundamentales – cada vez que debe intervenir en la defensa de la Supremacía de la Constitución.

Solamente un Juez Constitucional que asume como propias todas estas funciones –tanto las propiamente jurisdiccionales como también las políticas– se verá legitimado, ante la comunidad y ante los demás órganos del Estado, como el órgano que efectivamente realiza su rol a la altura de las circunstancias.

Coordinando todos estas ideas en la misión del juez constitucional podemos esbozar algunos principios que informan su función, y, al mismo tiempo, coinciden con los objetivos y fines de todo el sistema de Justicia Constitucional. A saber:

**1°.- El Juez Constitucional *adoctrina y es el supremo interprete de la Constitución.***

Adoctrina, pues sienta la jurisprudencia constitucional en su decisiones uniformes y constantes. Interpreta, pues *explica* el texto de la Constitución de forma general y orientadora para todos los demás interpretes del Derecho. Así las cosas la labor del Juez Constitucional “permite unificar la jurisprudencia que

pueda tomarse dispar, de manera que no existen riesgos de opiniones discordantes que priven de seguridad e igualdad jurídicas<sup>327</sup>.

## **2°.- El Juez Constitucional es constitucionalmente *infallible*.**

Hablamos de infabilidad en el sentido de *fe y confianza* en el Juez Constitucional, como sus decisiones no son apelables y como no hay otra instancia distinta o superior a él, su veredicto es único e inimpugnable, el cual debe ser cumplido.

Quizás como existió una confianza ciega y absoluta en el Parlamento en el pasado, planteamos que esa misma fe y confianza –no ciega, sino racional– debe ser depositada hoy, en el actual marco de Estado de Derecho, no en el los demás poderes del Estado, sino que en el trabajo del Juez Constitucional, fe de que su decisión es justa y por ello infalible.

## **3°.- El Juez Constitucional juega un papel *integrador*.**

Integra mediante su jurisprudencia la norma constitucional con la realidad política, económica y social de la comunidad, de manera tal que la Constitución

---

<sup>327</sup>

GOZANI, OSVALDO ALFREDO. *“La Justicia Constitucional. Garantías, Proceso y Tribunal Constitucional”*. Editado por Depalma. Buenos Aires 1994. Citado por RUBANO LAPASTA, MARIELA. Ob. Cit. Página 110.

no sea letra muerta sino que una Constitución *viva*, o al decir de Loewenstein, una Constitución *normativa*.

**4°.- El Juez Constitucional es pieza clave en la formación y difusión de la “*conciencia constitucional*”<sup>328</sup> en un país.**

En efecto, el juez constitucional con su labor contribuye a extender en la comunidad la idea que la función de defender la Constitución implica, al mismo tiempo, implica defender los valores más importantes de dicha comunidad, la bases del Estado de Derecho, del régimen democrático y los Derechos Humanos Fundamentales.

Así podemos señalar, como lo dice Pablo Lucas Verdú, que el juez constitucional cumple, dentro de todos los órganos del Estado, ***una labor magistral***, pues “adoctrina de modo constitucionalmente infalible y realiza la integración del derecho y la realidad constitucionales, la integración de los ciudadanos y de los grupos que se sienten identificados con los valores constitucionales porque se les permite desarrollarse como hombres libres, en la justicia y en la igualdad”<sup>329</sup>.

---

<sup>328</sup> Sobre el concepto y los alcances de lo que denominamos ***conciencia constitucional*** de un país, ver nota 379, en el Capítulo IV de esta misma memoria.

<sup>329</sup> LUCAS VERDÚ, PABLO. “*Política y Justicia Constitucionales. Consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional*”. En “*El Tribunal Constitucional*”. Obra Colectiva. Ob. Cit. Páginas 1549-1550.



**BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO.-**

BRAVO LIRA, BERNARDINO, *"Poder y respeto de las personas en Iberoamérica. Siglos XVI a XX"*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso 1989.

*"Historia de la Instituciones Políticas de Chile e Hispanoamérica"*. Editorial Andrés Bello. 2° Edición. Santiago 1993.

BREWER-CARIAS, ALLAN R. *"Jurisdicción Constitucional en América Latina"*. En GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO Y FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO (coordinadores). *"La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica"* (obra colectiva). Editorial Dykinson. Madrid 1997.

CAPPELLETTI, MAURO. *"La Justicia Constitucional. Estudios de derecho comparado"*. Universidad Nacional Autónoma de México Facultad de Derecho. Ciudad de México 1987.

COLOMBO CAMPBELL, JUAN. *"La Jurisdicción en el Derecho Chileno"*. Editorial Jurídica de Chile. 1991.

*"Los Actos Jurídicos Procesales"*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1997. Tomo II.

CRUZ VILLALÓN, PEDRO. *"La Formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad"*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1987.

FAVOREU, LOUIS. *"Los Tribunales Constitucionales"*. Ariel. Barcelona 1994. (Edición en castellano, traducido por Marc Carrillo).

FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *"Evolución Histórica y Modelos de Control Constitucional"*. En GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO Y FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO (coordinadores). *"La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica"* (obra colectiva). Editorial Dykinson. Madrid 1997.

FIX ZAMUDIO, HÉCTOR. *"Notas sobre el Sistema Americano de Derechos Humanos"*. En GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO Y FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO (coordinadores). *"La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica"* (obra colectiva). Editorial Dykinson. Madrid 1997.

GARCÍA DE ENTIERRA, EDUARDO. *"La Constitución como norma y Tribunal Constitucional"*. Editorial Civitas. Madrid 1981.

KAZOR ALISTE, KAMEL. *"Principio de legalidad y criterios de vinculación positiva y negativa en la Constitución"*. en Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile. Volumen VIII. Valdivia. Diciembre de 1997. Páginas 91 y siguientes.

LUCAS VERDÚ, PABLO. *"Política y Justicia Constitucionales. Consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional"*. En *"El Tribunal Constitucional"*. Obra Colectiva. Varios autores. Editado por Instituto de Estudios Fiscales. Volumen II. Madrid año 1981.

LUZ BULNES ALDUNATE. *“La Fuerza Normativa de la Constitución”* en las XXIX Jornadas de Derecho Público. Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho. Santiago Noviembre de 1998.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *“Las Constituciones latinoamericanas, tratados internacionales y los derechos humanos”*. En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Edición 2000. Konrad Adenauer Stiftung. Ciedla. Buenos Aires año 2000.

PEREIRA MENAUT, ANTONIO-CARLOS. *“Teoría Constitucional”*. Editorial Jurídica Conosur. Primera Edición para Chile. Santiago 1998.

PÉREZ TREMP, PABLO. *“Tribunal Constitucional y Poder Judicial”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1985.

RIBERA NEUMAN, TEODORO. *“La defensa de la Democracia en Alemania Federal. Un análisis histórico jurídico”*. Instituto de Ciencia Política de la Universidad de Chile. Santiago 1985.

RUBANO LAPASTA, MARIELA. *“Valor Jurídico de las Sentencias sobre inaplicabilidad de las leyes”*. En Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile. Volumen VIII. Valdivia Diciembre de 1997.

SAGÜÉS, NESTOR PEDRO. *“Derecho Procesal Constitucional. El Recurso Extraordinario”*. Editorial Astrea. 2º Edición. Volumen 1. Buenos Aires 1989.

*“La magistratura constitucional especializada”*. Revista de Derecho Público. Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Número 45-46. Santiago. Enero-Diciembre 1989.

SEANGER GIANNONI, FERNANDO. *“Consideraciones para estimar que los tratados en materia de Derechos Humanos no forman parte de la Constitución Política Chilena”*. Artículo editado en la Revista de Derecho de la Universidad católica de la Santísima Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Volumen 5, año 1996.

SILVA BASCUÑAN, ANÍBAL. *“Tratado de Derecho Constitucional”*. Principios. Estado y Gobierno. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1997.

## **CAPÍTULO CUARTO.**

### **4.- JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN CHILE.**

## **CONTENIDO:**

*PRIMERA PARTE.- 4.1.- Historia de la Tutela de la Supremacía Constitucional en Chile hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1980: 4.1.1.- Esquema de trabajo. 4.1.2.- Constitución y Parlamento: Control político de la Constitución desde los primeros ensayos hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1925. 4.1.2.1.- Los primeros ensayos. 4.1.2.2.- La dictadura de O'Higgins. 4.1.2.3.- La anarquía de los años 20. 4.1.2.4.- La Constitución Liberal de 1828. 4.1.2.5.- La Constitución de 1833. 4.1.2.6.- Antecedentes generales de la Constitución de 1925. 4.1.3.- Constitución y Poder Judicial: El Poder Judicial en general y la Corte Suprema en Particular en la historia constitucional chilena. 4.1.3.1.- Aspectos Generales desde los primeros ensayos hasta la Constitución de 1925. 4.1.3.2.- La Corte Suprema en el ejercicio del control de constitucionalidad mediante la Acción de Inaplicabilidad por inconstitucional. Aspectos Generales.- 4.1.4.- Tribunal Constitucional en Chile. 4.1.4.1.- Historia en tres etapas. 4.1.4.2.- Primera Etapa.- Desde la Gran Reforma de 1970 hasta el Golpe de Estado de 1973. 4.1.4.3.- Segunda Etapa.- Desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1980 hasta la reforma constitucional de 1989. 4.1.4.3.1.- Antecedentes Generales. 4.1.4.3.2.- Integración del Tribunal Constitucional. Crítica a la influencia militar en su composición. 4.1.4.3.3.- Misión del Tribunal Constitucional bajo la vigencia de la Carta de 1980. 4.1.4.4.- Tercera Etapa.- Desde la reforma de 1989 hasta nuestros días.- (\*)*

*INTERMEZZO.- Crítica y Defensa de la Constitución de 1980.- SEGUNDA PARTE.- 4.2.- Panorama actual de la Justicia Constitucional en Chile. 4.2.1.- De la Tutela Jurisdiccional de la Supremacía Constitucional en la Constitución de 1980. 4.2.2.- Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las leyes y de la estabilidad del sistema institucional. 4.2.2.1.- Planteamiento del tema. 4.2.2.2.- La Acción de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. 4.2.2.2.1.- Características Generales. 4.2.2.2.2.- Dos problemas en torno a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad: a).- Planteamiento del problema. b).- La inconstitucionalidad de forma y de fondo. c).- La derogación tácita u orgánica y la inconstitucionalidad sobreviniente. 4.2.2.3.- Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las leyes y otras materias entregadas al Tribunal Constitucional Chileno. 4.2.2.3.1.- Generalidades y Enunciación. 4.2.2.3.2.- Competencias del Tribunal Constitucional. a).- Control obligatorio de constitucionalidad. b).- Conflictos de Constitucionalidad. c).- Inhabilidades e incompatibilidades de los Ministro de Estado y Parlamentarios. d).- Atentados contra el ordenamiento institucional. e).- Competencia consultiva o informativa. 4.2.3.- Las acciones de protección de los Derechos Humanos Fundamentales. 4.2.4.- Síntesis y crítica del Proyecto de Reforma Constitucional al sistema de Justicia Constitucional en Chile en actual tramitación ante el Senado de la República. 4.2.4.1.- Planteamiento del tema. 4.2.4.2.- De las reformas generales a la Constitución. 4.2.4.3.- De las reformas al sistema nacional de justicia constitucional.*

*“Los de Chile respondieron con agradecimiento, diciendo que para oír bastaba la atención; más para responder aguardaban las resoluciones del consejo”.*

Francisco de Quevedo<sup>329</sup>.

## PRIMERA PARTE.

### **4.1.- HISTORIA DE LA TUTELA DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN CHILE HASTA LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980.-**

#### **4.1.1.- ESQUEMA DE TRABAJO.-**

La Justicia Constitucional en Chile ha tenido un desarrollo que no escapó de los diversos estadios de evolución que esta materia ha experimentado en

---

<sup>329</sup> DE QUEVEDO, FRANCISCO. *“Los de Chile y los Olandeses”*. Citado por un fallecido intelectual español-chileno, no recuerda este texto de Quevedo, señalándonos que dicho autor anticipa, respecto de Chile, el “(...) estilo legulécico de vida que lo proyectaría en la Historia (...)”. CASTEDO, LEOPOLDO. *“Chile, utopías de Quevedo y Lope de Vega”*. LOM Ediciones. 1ª edición. Santiago 1996. Prologando esta misma obra, el abogado y poeta Armando Uribe Arce señala: “(...) A veces uno se pregunta si Chile no es una invención literaria de los españoles y chilenos del siglo XVI, sobrevivientes en los sucesivos, con ciertos rasgos del XV, con algunos dorados (descascarándose) del siglo de oro. De oro, no del oro. El Chile imaginado, aunque no el fantaseado, el de las fantasías de los fanfarrones locales, gravemente al día y “con visión de futuro” (...)”.

Europa y el resto de Hispanoamérica ya expuestos en los capítulos pasados, y tampoco escapa al desarrollo y evolución propia que ha experimentado el Estado chileno así como de sus instituciones. De esta forma, nuestra historia institucional nos muestra el paso de un sistema de control político de constitucionalidad, radicado principalmente en el parlamento, predominante durante el siglo XIX y la primera mitad del Siglo XX, a un sistema de control jurisdiccional, con órganos cada vez más especializados, que se impone desde las últimas décadas del siglo pasado hasta nuestros días, donde podemos afirmar que existe una tutela jurisdiccional a la supremacía constitucional.

De esta manera el desarrollo de la Justicia Constitucional en Chile no es más, y quizás tampoco menos, que la simbiosis entre los predicados de un control político al estilo europeo y una práctica judicial, en parte de origen europeo y en parte de origen norteamericano, reforzados por un ordenamiento constitucional relativamente homogéneo y perdurable en el tiempo.

Salvo los primeros años del Chile independiente, el país mantuvo una estabilidad constitucional de exactos ciento cuarenta años (1833 – 1973) no opacados por las revoluciones de los años cincuenta del siglo diecinueve ni la Guerra Civil del año 1891 ni tampoco por los convulsionados años 20 del siglo pasado; con dos Constituciones las cuales se introdujeron como reformas a las

ya existentes. Hablamos, por cierto, de un Chile después de la Batalla de Lircay y de las Cartas Constitucionales de 1833 y 1925.

De esta forma los principales referentes de comparación a lo largo de la historia independiente de nuestro país pueden dividirse a razón de cuatro etapas de desarrollo constitucional, a saber:

**a) Primera Etapa. 1810 – 1833.-**

Va desde la dictación de los Primeros ensayos constitucionales hasta la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1833. Dicha etapa representa un proceso de construcción y de ensayos constitucionales que dependen única y exclusivamente de las características de los gobiernos de turno, también de ensayos.

En este período es evidente la adopción temprana de un control político de constitucionalidad al estilo europeo, bajo la influencia de la Constitución Española de Cádiz de 1812, con un Poder Judicial limitado a las facultades otorgadas desde España, y en proceso de organización para la nueva república chilena.



**b) Segunda Etapa: 1833 - 1925:**

Tiene su punto de partida con el nacimiento de la Carta de 1833 y perdura hasta el Golpe de Estado de 1924. Esta etapa se encuentra marcada políticamente por la figura del Ministro Diego Portales y disciplinada jurídicamente por la figura del jurista Mariano Egaña. Representa un proceso de expansión territorial y de consolidación republicana, donde gran parte de sus instituciones perduran hasta nuestros días.

En cuanto al control constitucional, esta etapa afianza el modelo europeo de control político y señala al Congreso Nacional como órgano facultado para controlar la constitucionalidad de las leyes y demás actos del Estado, facultando a los jueces únicamente a interpretar las leyes para los casos concretos sometidos a su conocimiento.

**c) Tercera Etapa: 1925 – 1973.-**

Desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1925 hasta el derrocamiento del gobierno del Dr. Salvador Allende en 1973. Esta etapa se encuentra marcada por la expansión de la acción del Estado y su aparato administrativo, el surgimiento de la “cuestión social” y el conflicto ideológico este-oeste.

En cuanto al control de constitucionalidad, presenta un proceso de creciente judicialización de los conflictos constitucionales de origen norteamericano, a través de la acción de inaplicabilidad que conoce la Corte Suprema, la que sin embargo tendrá escasa aplicación y muchas limitaciones originadas en la propia Corte Suprema. Esta etapa va terminar con una mixtura judicial y jurisdiccional a principios de los años 70 con la adopción del Tribunal Constitucional de origen kelseniano, cuya labor, fuertemente incomprendida y politizada, lo llevará a la clausura en el año 1973.

**d) Cuarta Etapa: 1973- hasta nuestros días.-**

Desde la creación de Actas constitucionales de 1976 y la Constitución de 1980 hasta nuestros días. Esta última etapa presenta características de refundación política, social y económica, marcada la subsidiariedad del Estado en materia económica, la presencia de las Fuerzas Armadas en el acontecer nacional, la violación de los derechos humanos durante el gobierno del General Augusto Pinochet Ugarte y los esfuerzos de consolidación de la Carta Constitucional de 1980.

Representa la etapa más prolífica de control de constitucionalidad en sede jurisdiccional, sobre todo a partir de la restauración del Tribunal Constitucional en la Carta de 1980 y con la creación de la Acción de Protección

de derechos individuales en el artículo 20 del texto constitucional citado. Pero es también el periodo en que se hace más patente la vulnerabilidad del Poder Judicial y la poca eficacia práctica de la acción de inaplicabilidad que conoce la Corte Suprema. Sin perjuicio que esta etapa bien valdría dividirla en dos, presenta todavía las características de una transición inconclusa y tentativa, según abordaremos al final de este capítulo.

Sin perjuicio de lo anterior, veremos la evolución de la Justicia Constitucional en Chile, mediante el estudio de los tres órganos que han intervenido en el control de constitucionalidad en nuestro país, vale decir, el Parlamento, el Poder Judicial, particularmente la Corte Suprema, y el Tribunal Constitucional; para luego adentrarnos en el actual panorama de la Justicia Constitucional en Chile.

Hacemos el alcance metodológico que el análisis de estos tres órganos en las tres primeras etapas lo veremos en términos generales en este mismo apartado, dejando el estudio más profundo de la cuarta etapa –la Justicia Constitucional en la Constitución de 1980– y de la situación institucional vigente, para los apartados siguientes.

**4.1.2.- CONSTITUCIÓN Y PARLAMENTO.-****Control político de la Constitución desde los primeros ensayos hasta los antecedentes generales de la Constitución de 1925.-**

## 4.1.2.1.- Los Primeros ensayos.-

Según nos señala Jocelyn-Holt Letelier<sup>330</sup>, con la instalación de la Primera Junta de Gobierno de 1810 y la convocatoria al Congreso Nacional un año después, la discusión política de nuestra patria gira, sin lugar a dudas, dentro de “parámetros republicanos”, donde tiene vital importancia “la formación de una constitución que (sirva) de regla inalterable al nuevo gobierno”<sup>331</sup>, la cual es concebida según el autor, como un “pacto donde se consignan “deberes recíprocos entre los individuos y el Estado de Chile y los de su Congreso Nacional” (...)<sup>332</sup>, este último órgano autodenominado por el Reglamento de la Autoridad Ejecutiva de 1811, como “único depositario de la voluntad del

---

<sup>330</sup> JOCELYN-HOLT LETELIER, ALFREDO. *“La Independencia de Chile. Tradición, Modernización y Mito”*. Editorial Planeta/Ariel. Segunda Edición. Santiago de Chile. Páginas 201 y siguientes.

<sup>331</sup> Ibid. Páginas 201 y siguientes.

<sup>332</sup> Ibid. Páginas 201 y siguientes.

reino”<sup>333</sup> <sup>334</sup>, que reunía sobre sí las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales.

Con la adopción del Reglamento Constitucional Provisorio de 1812, que reconocía la soberanía de un rey Fernando VII, tomado prisionero por los franceses, pero con la prohibición de acatar cualquier orden o instrucciones proveniente del extranjero se articula un régimen de gobierno que junto con reconocer ciertos derechos y libertades individuales, se estructura sobre la base de un Poder Legislativo, a cargo de un Senado de siete miembros renovables cada tres años y un Poder Ejecutivo, a cargo de una Junta Superior Gubernativa compuesta de tres miembros, y en tercer lugar y como parte de este último se estructura la función judicial a cargo de los tribunales y jueces ordinarios.

De ahí que no que será sino hasta la dictación del Tercer Reglamento Constitucional de 1814, en que el Congreso tendrá un Ejecutivo fuerte y concentrado en una persona que reúna las más amplias e ilimitadas facultades que había tenido la Junta de Gobierno en su instalación y que será denominado

---

<sup>333</sup> Ibid. páginas 201 y siguientes.

<sup>334</sup> CAMPOS HARRIET, FERNANDO. *“Historia Constitucional de Chile”*. Séptima Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1999. Páginas 325 y siguientes.

como Director Supremo, lo que sin duda respondía la necesidad de enfrentar a un revitalizado ejército español, luego de la restauración española.

Que es un hecho reconocido en la historiografía nacional, la influencia norteamericana, ejercida sobre nuestros primeros gobernantes desde José Miguel Carrera, Bernardo O'Higgins, Ramón Freire y José Manuel Infante, sobre todo por el primer Cónsul de ese país en Chile Mr. Joel Robert Poinset, quien llegó a redactar un proyecto intitulado "Código Constitucional de las Provincias Unidas de Chile", recogido, en parte, en la Carta Constitucional de 1812. Dicha influencia se mantendrá con posterioridad a Poinset, en figuras diplomáticas como Mr. G. D. Worthington, Mr. Samuel Larned y Mr. William Miller Collier, por solo mencionar algunos.

Sin embargo, y coincidente con el rechazo que generaba en Norteamérica la doctrina del Juez Marshall –según hemos visto en el capítulo II de este trabajo–, esa influencia norteamericana sobre el naciente constitucionalismo criollo, no se extendió al control judicial de las leyes y los demás actos de Estado, siguiendo en este punto, en cambio, a la Constitución de Cádiz de 1812 que consagra un control político de la Constitución ejercida por las asambleas legislativas.

A lo anterior cabe agregar que la Judicatura nacional, siguió en gran parte y durante bastante tiempo, regida por las disposiciones españolas de la época colonial, disposiciones que se mantendrán vigentes hasta la tercera década del siglo XIX, según se verá más adelante<sup>335</sup>.

#### 4.1.2.2.- La Dictadura de O'Higgins.

Producida la independencia definitiva del dominio español, el Director Supremo don Bernardo O'Higgins, promulgó, previo plebiscito, la Carta Constitucional de 1818. En ella, se establecía un Poder Ejecutivo, a cargo del Director Supremo existente, dotado de las más amplias facultades como de nombrar los miembros del Supremo Tribunal Judicial y los miembros del Senado; un Poder Legislativo de carácter provisorio y un Senado, concebido

<sup>335</sup>

Este fenómeno de continuidad institucional, se vivió no sólo en el ámbito judicial, sino también en el conjunto de la ciudadanía. Citando un cautivante estudio sobre la agricultura y su influencia en la situación política y social de Chile de Mc Bride, "Chile, su tierra y su gente", el autor nacional Benjamín Subercaseaux, en su ya clásica obra "Chile o una loca geografía", publicada por la Editorial Ercilla en 1940, se señala: "(...) Cuando Chile, por fin, se sublevó contra España, no lo hizo en respuesta al amplio espíritu democrático que agitaba las colonias, y menos aún por seguir las huellas de las colectividades inglesas de Norteamérica, que trataban de establecer una democracia, o para emular a los republicanos. Chile se libertó de España, pero no de las instituciones españolas; labró su independencia, pero no hizo una revolución. A través de la larga contienda por alcanzar la libertad política, ningún intento se hizo por extender esta misma libertad a las masas. El triunfo de la guerra de la Independencia sólo produjo, pues, una transferencia de autoridades, pero no una reforma política, y menos aún un levantamiento social. La guerra liberadora en ningún sentido fue una revolución, y por lo mismo, produjo en Chile, menos disturbios sociales que en ningún otro país del continente. El sistema que había servido de base a su organización continuó, sin ofrecer oportunidades de transformación social (...)". SUBERCASEAUX, BENJAMÍN. "Chile o una loca geografía". Editorial Universitaria. Séptima Edición. Santiago de Chile año 1989. Páginas 148-149.

como instituto esencial para celar la puntual observancia de esta Constitución (Art. 1, Cap. III), cuyos miembros eran designados por el Director Supremo y cuya función era, entre otras, “velar por la fiel observancia de la Constitución y denunciar cualquier infracción al Director Supremo”<sup>336</sup> (Art. 2º), pudiendo para estos efectos, proponer al Director Supremo, su modificación, enmienda u otra limitación.

Así mismo se estructura y organiza la función judicial a través del Supremo Tribunal Judicial y una Cámara de Apelaciones, así como los juzgados subalternos existentes o que creare el Congreso en lo sucesivo. De ahí, que puede decirse sin vacilación, que todo el poder público se concentraba en el Director Supremo y su único contrapeso, el Senado, era elegido por el mismo Director, siendo como se ha dicho su principal función el de velar por la observancia del texto constitucional, propio del sistema político de control de origen europeo.

La misma dictadura de O’Higgins se encargó en 1822 de adoptar un nuevo texto constitucional, plagado de vicios en su generación y que pretendía instalar al dictador por diez años más, y vio luz ese mismo año. Dicha carta, inspirada en la Constitución de Cádiz de 1812, se consagró los derechos y libertades individuales y se consolidó un régimen republicano de Gobierno,

---

<sup>336</sup> CAMPOS HARRIET, FERNANDO. Ob. Cit. Páginas 325 y siguientes.



dividido en tres poderes independientes, con marcado sesgo presidencialista. El Poder Ejecutivo era ejercido por el Director Supremo O'Higgins, elegido por el Congreso para un período de 6 años, renovable por 4 años más, pudiendo nombrar dicho Director su sucesor en caso de muerte y hasta que se convocara a una nueva elección.

El Poder Legislativo o Congreso, formado por una Cámara de Senadores, no electiva, y por la Cámara de Diputados, de generación popular y cuyas facultades eran de dictar todas las leyes convenientes al bien del Estado. Dicho Poder Legislativo se completa con la creación de una Comisión Permanente que funciona durante el receso del Congreso, todos los cuales tienen como función "cuidar el cumplimiento de la Constitución y las leyes" (Art. 67), estableciendo como mecanismo de control político, lo dispuesto en su artículo 243 que "todo chileno tiene derecho a pedir la observancia de la Constitución, y a que se castigue al infractor de ella, sea cual fuere su clase o investidura"<sup>337</sup>.

Por último, destaca la creación de un Poder Judicial, ejercido por los Tribunales de Justicia, organizados jerárquicamente y encargados exclusivamente de la facultad de aplicar las leyes.

---

<sup>337</sup> Véase a ZUÑIGA URBINA, FRANCISCO, *"Derecho Procesal Constitucional"*. Ob. Cit. Páginas 147 y siguientes.

#### 4.1.2.3.- La anarquía de los años 20.

Con la caída de O'Higgins el año 1823 y el interinato de Director Supremo ejercido por Ramón Freire, quedó sin efecto la carta anterior y se llamó a una nueva comisión constituyente a cargo de don Juan Egaña. En lo que a esta memoria empece, el texto aprobado ese año, consagraba un Poder Ejecutivo, a cargo de un ya poderoso Director Supremo; un Poder Legislativo a cargo de un Senado Conservador y Legislador, cuya atribución era sancionar las leyes que proponía el Director, debiendo “cuidar de la observancia de las leyes” (Art. 38. 1) y “proteger y defender las garantías individuales” (Art. 38. 5), así como velar por la moralidad cívica.

En caso de desacuerdos entre el Congreso y el Director, la Constitución preveía la convocatoria de una Cámara Nacional, compuesta por ciudadanos beneméritos, los cuales tenían la facultad de aprobar o reprobado las leyes que causaban la pugna entre Ejecutivo y Legislativo.

Su función no era, ni con mucho, velar por la constitucionalidad de las leyes, sino simplemente, proveer de solución a un estancamiento en las relaciones del Director Supremo con el Congreso Nacional. Por último se consagra de manera definitiva, la organización del Poder Judicial, estableciendo en la cúspide de éste, una Corte Suprema de Justicia y una Corte de

Apelaciones, esta última que tenía bajo su jurisdicción a los jueces letrados y demás funcionarios judiciales.

Al decir del profesor Campos Harriet, “la Constitución del 23 feneció de muerte natural: fue impracticable”<sup>338</sup>, subsistiendo únicamente la estructura y organización del Poder Judicial, según se verá más adelante, lo que acrecentó la anarquía política hasta por lo menos el año 1828.

Interés reviste, también, a nuestra memoria el proyecto de “Constitución Federal” de 1826 en lo que se refiere a las atribuciones del Poder Legislativo, pues se reiteraba como atribución de este poder del Estado el de **velar por el buen cumplimiento de la Constitución y de las leyes**. Dicho proyecto no llegó a convertirse en Ley Fundamental de la República.

#### 4.1.2.4.- La Constitución Liberal de 1828.

Con la adopción de la Constitución de 1828, los poderes del Estado, se estructuran sobre la base de un Ejecutivo ejercido por un Presidente y un Vicepresidente de la República, un Legislativo a cargo del Congreso Nacional, compuesto por dos cámaras, una de Diputados, de generación popular, y con la facultad de acusar constitucionalmente al Presidente y Vicepresidente, así

---

<sup>338</sup> CAMPOS HARRIET, FERNANDO. Ob. Cit. Páginas 325 y siguientes.

como sus ministros, por los cargos de traición, malversación de fondos públicos, infracción a la Constitución y violación de los derechos individuales; y otra cámara de Senadores, elegidos por las Asambleas Provinciales, a razón de dos senadores por cada provincia.

Ambas cámaras poseen entre sus atribuciones la “protección de todos los derechos individuales enumerados en el Capítulo tercero de esta Constitución” (Art. 46, N° 2º), estableciendo, por último, una Comisión Permanente a usanza de la creada el año 1822, que tenía entre sus deberes el “velar por la observancia de la Constitución y las leyes” (Art. 92 N°1), y hacer las observaciones convenientes al Poder Ejecutivo para su reforma. Esta Carta introduce, además, una de las normas más invocadas a partir de la 1833, para reafirmar el carácter político del control de constitucionalidad:

***“(…) Sólo el Congreso General podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de sus artículos (...)”. (Art. 132).***

Por último, la Constitución Liberal del 28 establece un Poder Judicial, organizado jerárquicamente por la Corte Suprema, Corte de Apelaciones y Juzgados de Primera Instancia.

#### 4.1.2.5.- La Constitución de 1833.

Con el objeto de reformar y adicionar la Constitución de 1828, que había demostrado no ajustarse al estado social del país, la cual requería, a juicio de don Manuel José Gandarillas, “(...) dar a la administración una forma estable y vigorosa, allanándole los obstáculos que encuentra a cada paso en los vacíos y defectos de la Constitución, evidentemente demostrados por la experiencia (...)”<sup>339</sup>, se llegó a la convocatoria de una “Gran Convención”, integrada por 16 diputados y 20 ciudadanos de “reconocida probidad e ilustración”<sup>340</sup>, donde destacan las figuras de don Mariano Egaña Fabres, hijo del redactor del texto moralista de 1823 don Juan Egaña; y don Manuel José Gandarillas, quienes presentaron su proyecto de Estatuto Constitucional al Presidente de la República, quien lo sancionó y promulgó con fecha 25 de mayo 1833, previa aprobación del Congreso.

Sin perjuicio de consignar elementos propios de los regímenes presidenciales y parlamentarios de gobierno, su *ethos* y *telos* son claramente autocráticos y presidencialistas, con leves atenuaciones parlamentarias que

---

<sup>339</sup> Texto de la moción presentada al Senado por don Manuel José Gandarillas el 8 de junio de 1831 con el objeto de convocarse a una “Gran Convención” que reformara el texto constitucional vigente y que fue sancionado como ley de la República 1 de octubre de ese año. Citado por CAMPOS HARRIET, FERNANDO. Ob. Cit. Página 357, y tomado de la obra “La Organización Política de Chile” de don Alberto Edwards.

<sup>340</sup> Ibid. Página 327.

permitirían décadas más tarde aminorar y anular el poder del Jefe del Estado, lo que lleva a decir a don Gabriel Amunátegui Jordán, que el Presidente de la República, como máxima autoridad de la nación y cabeza del Poder Ejecutivo, se constituye en “un pequeño monarca temporal, absoluto e irresponsable”<sup>341</sup>, a quien le corresponde “guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes” (Art. 81), y cuya autoridad de extiende a todo cuando tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la defensa de la Patria ante las potencias extranjeras, ámbito de potestad que se repetirá en los textos posteriores.

La carta constitucional del año 1833, reitera definitivamente el carácter político del control de constitucionalidad contenido en el texto liberal del año 28, estableciendo un Congreso Bicameral, compuesto por una Cámara de Diputados y otra de Senadores, así como una “Comisión Conservadora”, cuyo deber era “velar por la observancia de la Constitución y las leyes” (Art. 58 N°1), debiendo representar al Jefe de Estado las infracciones a éstas, de cuya omisión será responsable el Congreso (Art. 58 N°2). Así mismo y al igual que lo dispuesto en la carta anterior, el artículo 164 del nuevo texto constitucional señala:

---

<sup>341</sup> Ibid. página 327.

**“(…) Sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de algunos de sus artículos (…)”.**

Son estas normas, vigentes durante noventa años, las que afianzarán en la cultura jurídico-constitucional de nuestro país el modelo político de control de constitucionalidad de las leyes, coherente con el principio de separación de poderes y funciones imperante desde 1812 hasta nuestros días y coherente también con el dogma de soberanía de la ley, heredado de la cultura jurídica europea.

Así por lo demás, lo entenderán los intérpretes más renombrados del siglo XIX, quien como don Manuel Carrasco Albano y don Jorge Huneeus, analizando el artículo 164 citado, han señalado que sólo en virtud de una ley interpretativa constitucional se podrá fijar de manera general y obligatoria el sentido y alcance de los preceptos constitucionales, siendo una atribución exclusiva del Congreso, que ningún otro órgano está facultado para usurpar<sup>342</sup>.

---

<sup>342</sup> CARRASCO ALBANO, MANUEL. *“Comentarios sobre la Constitución de 1833”*; y HUNEEUS, JORGE. *“La Constitución ante el Congreso”*. Ambos citados por ZUÑIGA URBINA. FRANCISCO. *“Derecho Procesal Constitucional”*. Ob. Cit. Página 150.

Similar criterio es formulado en fallo de 1848 por la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a rechazar la facultad de ejercer un control de constitucionalidad, pues la propia Corte señala:

***“(...) el juicio supremo del legislador, de que la ley que dicta no es opuesta a la Constitución, disipa toda duda en el particular y no permiten retardos o demoras en el cumplimiento de sus disposiciones (...)”<sup>343</sup>.***

#### 4.1.2.6.- Antecedentes generales de la Constitución de 1925.-

Las primeras décadas del pasado siglo XX muestran las contradicciones mas brutales entre la Constitución, el Parlamento y la Democracia en diversas partes del globo, fenómeno del que no escapa nuestro país, asediado por una pugna explosiva entre un régimen parlamentario, acostumbrado a las rotativas ministeriales y a las prebendas conferidas por el Estado a los favorecidos de siempre y por otra parte una movilidad social maltratada por los vencedores de la guerra civil de 1891, que reclamaba violentamente la necesidad de urgentes reformas políticas y sociales, que el Congreso rehusaba legislar.

---

<sup>343</sup> VERDUGO M, MARIO, PFEFFER URQUIAGA, EMILIO y NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *“Derecho Constitucional”*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1994. Página 218.



En un interesante estudio de 1999, los profesores Brian Loveman y Elizabeth Lira destacan en este periodo el surgimiento y fortalecimiento de un movimiento obrero pluralista y militante, partidos políticos reformistas y de izquierda, un movimiento social católico pequeño pero determinante dentro del partido conservador en las décadas siguientes, las fuerzas armadas post 1891, más profesionales, más impacientes con la torpeza y con la “politiquería” de los políticos “profesionales” y una creciente clase media que ocupaba puestos en la administración y la educación pública, igual que en las Fuerzas Armadas<sup>344</sup>. Grupos todos estos que vienen a proponer sus propias agendas e intereses.

El Presidente de la República había perdido, en los hechos y sin que fuera necesario reforma constitucional alguna, la hegemonía política que había ejercido desde la dictación de la Carta de 1833, transformándose en un mero ejecutor de la voluntad del Parlamento<sup>345</sup>, conformado por la “fronda aristocrática casi siempre letal a la autoridad de los gobiernos y a veces en abierta rebelión contra ellos”<sup>346</sup>, más apegada a los discursos y temas del pasado que a una real comprensión de la nueva realidad social imperante.

---

<sup>344</sup> LOVEMAN, BRIAN y LIRA, ELIZABETH. *“Las suaves cenizas del olvido. Vía chilena de reconciliación política 1814-1932”*. Editado por LOM Ediciones. 2° Edición. Santiago 1999. Página 270.

<sup>345</sup> EYZAGUIRRE, JAIME. *“Historia de las instituciones políticas y sociales de Chile”*. Editorial Universitaria. 10° Edición. Santiago 1990. Página 172.

<sup>346</sup> EDWARDS, ALBERTO. *“La Fronda Aristocrática en Chile”*. Editorial Universitaria. 14° Edición. Santiago 1993, página 31.

Instalado en la Presidencia de la República, don Arturo Alessandri Palma (1920-1924), luego de la elección presidencial de 1919, otrora defensor del parlamentarismo, se convirtió en el paladín del gobierno fuerte y del presidencialismo, cuyo gobierno, no obstante, no pudo salir de los moldes obstruccionistas habituales y que por el contrario significó, al decir de Edwards, “un desorden mas visible y chocante que el antiguo”<sup>347</sup>, alumbrado por un deplorable estado de las finanzas públicas y un creciente malestar de la oficialidad del Ejército, malestar que se hará patente el 3 de Septiembre del año 1924, cuando el Senado discutía la dieta parlamentaria y algunos oficiales de Ejército, vestidos de uniforme, instalados en la galería de la Cámara, mostraban su desaprobación y molestia con las reformas, situación que terminará con la renuncia de Alessandri y su gabinete y con la instalación en la moneda de una Junta Militar, que desterró a Alessandri y clausuró el Congreso, asumiendo el control del poder público.

La poca claridad y capacidad de los militares en el gobierno y la necesidad de superar la crisis política, trajeron de vuelta al poder a Alessandri, quien convertido en dictador con omnímodos poderes, designó en Marzo del año 1925 una Comisión Nacional Constituyente, cuyos objetivos eran preparar el texto de una nueva constitución y organizar una Asamblea Constituyente<sup>348</sup>,

---

<sup>347</sup> Ibid. Página 232.

<sup>348</sup> EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE. *“Chile hacia una Constitución Contemporánea.*

Constitución aprobada mediante plebiscito el 30 de Agosto del año 1925 y promulgada el 18 de Septiembre de ese año.

Como bien señala Evans de la Cuadra<sup>349</sup>, “la Constitución de 1925 técnicamente no pudo ser una reforma de la de 1833 al no haberse cumplido los trámites establecidos por esta Carta Constitucional para su enmienda, sin perjuicio de lo cual es una Constitución reformada, por cuanto mantuvo de la Constitución de 1833 la inspiración ideológica, la estructura general y la terminología constitucional”<sup>350</sup> propios del constitucionalismo clásico del siglo XIX, sin reparar que dichas bases estaban en crisis en el mundo occidental y especialmente en Europa.

No obstante lo anterior, la Constitución de 1925 dismanteló, a nuestro juicio, el poder del Parlamento y el dogma de la infalibilidad de la ley, consagrando por una parte un régimen presidencial, donde los Ministros de Estado no son censurables políticamente por las cámaras y por otra parte un debilitamiento de este Poder del Estado.

---

*Tres reformas constitucionales*”. Editorial Jurídica de Chile. 1° Edición. Santiago 1973. Página 14.

<sup>349</sup> Ibid. Pág 15.

<sup>350</sup> Ibid. Pág 15.

Así el Parlamento pierde su potestad para calificar las elecciones, entregada a un órgano especial, como fue el Tribunal Calificador de Elecciones (Artículo 79); entrega a las Cortes de Apelaciones el conocimiento y fallo del desafuero parlamentario, que era atribución de cada cámara (Artículo 33); entrega al Presidente de la República la facultad de fijar la urgencia de los proyectos de ley que interesen al Gobierno, y consagra, entre otras materias, la Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (Artículo 86), mediante la cual la Corte Suprema puede declara, para un caso determinado, inaplicable un precepto legal que sea contrario a la Constitución, innovación esta última que mantiene hasta nuestros días y que será objeto de un estudio más detallado en las páginas que siguen.

#### **4.1.3.- CONSTITUCIÓN Y PODER JUDICIAL.-**

##### **El Poder Judicial en general, y la Corte Suprema en particular, en la historia constitucional chilena.**

##### **4.1.3.1.- Aspectos generales desde los primeros ensayos hasta la Constitución de 1925.-**

Según nos recuerda la historiografía nacional, con la instalación de la Primera Junta Nacional de Gobierno en 1810 y los sucesivos proyectos

constitucionales de los primeros años de nuestra vida como República Independiente, se fue estructurando una organización judicial, basada en los órganos de justicia subsistentes del reino español y cuya máxima autoridad en Chile era la Real Audiencia, la que fue reemplazada en 1814 por un Tribunal de Apelación y el Supremo Tribunal Judicial, este último en reemplazo del Consejo de Indias, según nos señala Eyzaguirre<sup>351 352</sup>.

Las funciones de esta organización judicial se fueron delinendo primero con las leyes marianas, luego con la ley sobre organización y atribuciones de los tribunales de 1875, a lo que debe sumarse la dictación de los Códigos de Procedimiento Civil y Penal a principios del siglo XX.

No obstante, creemos necesario efectuar dos observaciones particularmente importantes sobre la regulación y el poder efectivo de nuestros tribunales de justicia.

a).- La primera dice relación en cuanto al título que utiliza el breve capítulo VII de la Constitución Política de 1833, cual es ***“De la administración de***

---

<sup>351</sup> EYZAGUIRRE, JAIME. *“Historia del Derecho”*. Editorial Universitaria. 11° Edición. Santiago 1991. Página 203.

<sup>352</sup> Un estudio más detallado sobre la historia de la judicatura chilena puede verse en BRAVO LIRA, BERNARDINO en monografía *“Estudios sobre la judicatura chilena en los siglos XIX y XX”*, en Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Santiago 1976, número 19-20. Ver también a CAROCA PÉREZ, ALEX, monografía *“Reflexiones sobre las funciones de la Corte Suprema”*, Revista *“Ius et Praxis”*, Universidad de Talca, Talca 1998, número 1, página 189 y siguientes.

**justicia**”, hecho que tiene una consideración semántica muy importante, no solo por cuanto cambia la denominación utilizada por la Carta de 1928, cuyo capítulo IX tenía por epígrafe “Del Poder Judicial”, sino porque revela a ultranza el concepto mostesqueano de división de poderes, en el cual de la división no es tripartita, como si lo es en la división de poderes y funciones de los nacientes estados americanos, sino bipartita, donde primero está el legislador, con poder supremo y expresión de la voluntad popular y luego, muy por debajo, los llamados poderes ejecutivo y judicial, siendo este último, en verdad, una subdivisión del segundo; así el poder ejecutivo lleva a efecto la ley general y el judicial la ley al caso concreto, por lo que no hace más que administrar la justicia ya contenida en la ley y es la “boca que pronuncia las palabras de la ley”.

Ello aparece de manifiesto también en nuestro Código Civil, el cual señala en su artículo 3° que solo le toca al legislador interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio, y que las sentencias de los tribunales de justicia no tiene efecto sino que para el caso concreto y particular en que se basa, con lo cual se quiere extirpar todo poder de la judicatura basado en el precedente, denominada en nuestro medio y en la cultura jurídica continental europea como jurisprudencia, palabra esta última que al decir de Robespierre debía ser borrada del diccionario.

b).- La segunda observación que creemos necesario dejar establecida, dice relación con nuestra Corte Suprema de Justicia. Instalada brevemente por el constituyente del 1823 y siendo su primer presidente don Gregorio Argomedo, no es clara todavía la fecha efectiva de su entrada en funcionamiento<sup>353</sup>, y bajo la Constitución de 1833, carece de especial atención por el constituyente, el cual solo se detiene a acotar en su artículo 113 que deberá establecerse una magistratura suprema en la ley de la organización de los tribunales, por cierto no dictada a esa fecha, lo que lleva a decir a Caroca que hasta 1835 con la dictación de las Leyes Marianas, se trataba de un órgano que en el país se había hecho cargo de la función, hasta entonces real, de decidir en última instancia y como una merced o gracia las cuestiones judiciales resueltas por los tribunales inferiores<sup>354</sup>.

No obstante, del conjunto de disposiciones legales y constitucionales a lo largo del siglo XIX, podemos sintetizar las funciones del máximo tribunal en las siguientes:

a). Ejercer la superintendencia directiva, correccional, consultora y económica sobre todos los tribunales y juzgados de la nación, facultad

---

<sup>353</sup> Ibid. Página 193.

<sup>354</sup> Ibid. Página 195.

otorgada a la Corte Suprema por la Constitución Política de 1823 y reconocida en la Constitución de 1833.

- b). Conocer en segunda instancia de las causas criminales y de hacienda que se le remitan por apelación y consulta por los jueces de primera instancia según la ley de 1835.
  
- c). Conocer de los recursos de nulidad que se interpusieran contra las sentencias pronunciadas por la Corte de Apelaciones en cualquiera de sus salas, según el Decreto Supremo de 1837, antecedente del recurso de casación establecido en la ley de organización y atribuciones de los tribunales de 1875, función que no obstante se vería entrabada dado que la regulación de este recurso vino a establecerse recién con la dictación del Código de Procedimiento Civil en 1902 y el Código de Procedimiento Penal en 1906.
  
- d). Tibiamente la Constitución de 1823 había otorgado a la Corte Suprema un conjunto de facultades conservadoras destinadas a proteger, hacer cumplir y reclamar de los otros poderes por las garantías individuales y judiciales, antecedente de nuestro recurso de amparo y de protección, establecidos fundamentalmente en la Constitución de 1925 y en la de 1980, respectivamente.



Del análisis de esta evolución en las funciones de nuestra Corte Suprema, puede señalarse con meridiana claridad que nuestro máximo tribunal se establece primeramente como un tribunal disciplinario y de segunda instancia, y por ello más tarde como un tribunal de casación, no ejerciendo en los hechos ningún rol de control constitucional, pero con este último recurso contemplado en la Constitución Política de 1925 y reforzado en la Carta de 1980, que actualmente nos rige.

4.1.3.2.- La Corte Suprema en el ejercicio del control de la constitucionalidad de las leyes mediante la Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad.- Antecedentes Generales.

Conforme lo dispusiera el artículo 86 de la Constitución Política del año 1925, inciso 2º, “(...) La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable, para el caso, cualquier precepto legal contrario a la constitución (...)”, con lo que el constituyente de esas épocas pretendió otorgar a la Corte Suprema las facultades y el rol de un Juez Constitucional, a semejanza de los modelos norteamericano y argentino, y a distancia del modelo kelseniano establecido en la Constitución austríaca de 1920, de reciente y conflictivo desarrollo, que era, por lo demás, un modelo desconocido en el lejano y escondido Chile de esa época.

La regulación del recurso fue efectuada por medio de un Auto Acordado, dictado por la Corte Suprema el 22 de Marzo del año 1932<sup>355</sup>.

Siguiendo al Profesor Suárez Crothers<sup>356</sup>, este control de constitucionalidad establecido en la Carta de 1925, es limitado, incompleto, ineficiente y no induce a la afirmación del principio de supremacía constitucional<sup>357</sup>. Ello se reafirma en la jurisprudencia de la propia Corte en cuanto a rechazar, hasta hoy, el conocimiento y fallo de la inaplicabilidad por vicio de forma y en la reticencia en aceptar el rol de guardián de la Constitución y protector de los derechos fundamentales de la persona, conforme a sus

---

<sup>355</sup> El procedimiento del recurso, o mejor dicho acción, es sumamente sencillo, tal como lo establece el breve Auto Acordado en referencia. Aun cuando esta memoria no se aboca al tema del procedimiento de las acciones y recursos constitucionales, resulta del todo útil, señalar que la tramitación de esta acción es la siguiente: Se presenta por escrito directamente ante la Corte Suprema de Justicia. Se confiere traslado común por seis días a las partes del pleito, aumentados con el emplazamiento según la tabla. La resolución que confiere traslado así como el escrito de la acción deben ser notificadas personalmente a las demás partes del pleito, se acepta en todo caso que la notificación se realice al apoderado o mandatario de las partes aún cuando el recurso se tramite ante un tribunal distinto del de la causa, ya que se genera dentro de ésta y para producir efectos en ella. Ver *“Revista de Derecho y Jurisprudencia”*. Tomo XLVIII. 2° parte. Sección 1°. Página 538 y siguientes. La Corte Suprema puede ordenar la suspensión del procedimiento. Transcurrido el plazo de seis días, hayan o no contestado las demás partes, pasan los antecedentes al Fiscal de la Corte para que dictamine sobre la cuestión, el Auto Acordado no establece plazo al Fiscal para evacuar el trámite. No se contempla rendición de prueba en este procedimiento, y la Jurisprudencia así se ha pronunciado. Ver *“Revista de Derecho y Jurisprudencia”*. Tomo XXXIX. 2° parte. Sección 1°. Página 190. Evacuado el informe del fiscal, se coloca la causa en tabla para su vista y fallo como los otros asuntos de que conoce el Tribunal en pleno.

<sup>356</sup> SUÁREZ CROTHERS, CHRISTIAN. *“El Fantasma del Estado Legislativo como obstáculo al Estado Jurisdiccional de Justicia Constitucional. Reflexiones sobre el sistema de control de constitucionalidad en Chile”*. Revista *Ius et Praxis*. Universidad de Talca. Talca 1998. Número 1°. Páginas 243 y siguientes.

<sup>357</sup> *Ibid.* Páginas 247-248.

facultades conservadores, asimilado el control de constitucional al simple control de legalidad formalmente autolimitado, propio de la casación.

Esta institución será regulada bajo la vigencia de la Constitución Política de 1980, por el artículo 80, que incorpora la posibilidad que la propia Corte Suprema declare de oficio la inconstitucionalidad de las leyes en la materias de que conozca y en cuanto reemplaza la expresión “juicio que se siguiere ante otro tribunal”, por la de “cualquier gestión que se siga ante otro tribunal”, con pretensión de ampliar el conocimiento de la acción tanto a materias contenciosas como a materias de la mal llamada jurisdicción voluntaria o competencia no jurisdiccional, según los tres primeros artículos del Código Orgánico de Tribunales<sup>358</sup>.

---

<sup>358</sup> Artículo 1° del Código Orgánico de Tribunales: “(...) La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley (...)”.

Artículo 2° del Código Orgánico de Tribunales: “(...) También corresponde a los tribunales intervenir en todos aquellos actos no contenciosos en que una ley expresa requiera su intervención (...)”.

Artículo 3° del Código Orgánico de Tribunales: “(...) Los tribunales tienen, además, las facultades conservadoras, disciplinarias y económicas que a cada uno de ellos se asignan en los respectivos títulos de este Código (...)”.

#### **4.1.4.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN CHILE.**

##### **4.1.4.1.- Historia en Tres Etapas.-**

Por una razón metodológica hemos creído conveniente dividir el recuento histórico del Tribunal Constitucional en Chile en tres etapas. Hacemos presente que ello no implica una valorización o desvalorización de determinados periodos en la formación de nuestro Tribunal Constitucional, sino lisa y llanamente ordenar una historia no exenta de sobresaltos e incomprendiones.

##### **4.1.4.2.- Primera Etapa:**

**Desde la Gran Reforma de 1970 hasta el Golpe de Estado de 1973.-**

El Tribunal Constitucional fue incorporado a nuestra institucionalidad constitucional, mediante la reforma Constitucional de fecha 23 de Enero del año 1970, conocida como la “Gran Reforma de 1970”, la cual introdujo al Capítulo VI tres títulos nuevos: 78 a, 78 b y 78 c, pasándose a denominarse “Tribunal Constitucional y Tribunal Calificador de Elecciones”.

Dicha reforma empezó a regir el 4 de Noviembre del año 1970, el mismo día en el cual asumía la Presidencia de la República el doctor Salvador Allende G, con el claro objetivo de encontrar un órgano llamado a resolver las contiendas que se produzcan entre el Presidente de la República y la mayoría o minoría del Congreso Nacional, respeto de la constitucionalidad del proceso de formación de ley, de la aprobación de los tratados internacionales, de la constitucionalidad de los Decretos con Fuerza de Ley y de los Decretos Supremos promulgatorios de leyes, entre otras atribuciones.

De esta manera, el Tribunal Constitucional chileno aparece concebido más como un órgano que viene a dirimir conflictos jurídico-políticos que manifestación de una supremacía constitucional de deber de las personas<sup>359</sup>. Por ello no es de extrañar que Evans de la Cuadra señale que el Tribunal Constitucional como órgano estatal, tiene una perspectiva similar a órganos tales como la Contraloría General de la República o el Tribunal Calificador de Elecciones, esto es más bien de control político del Presidente más que un órgano de carácter jurisdiccional<sup>360</sup>.

---

<sup>359</sup> Mensaje del Presidente de la República don Eduardo Frei Montalva, de fecha 17 de Enero del año 1969, en que propuso el Proyecto que sería la Gran Reforma de 1970. Parte Considerativa. Ver en EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE. Op. Cit. Página 83.

<sup>360</sup> Ibid. Página 65.

El Tribunal Constitucional creado por la reforma de 1970 se componía de cinco miembros que duran cuatro años en sus cargos y son reelegibles. Tres de ellos son designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado, llamados ministros políticos y dos ministros son designados por la Corte Suprema de Justicia, quien los elige entre sus miembros, los llamados Ministros judiciales (artículo 78 a) de la Constitución Política de 1925), quedando el primer Tribunal Constitucional integrado por los ministros Silva Cimma, Schaulson Numhuaser y Veloso Figueroa, designados por el Presidente de la República y los ministros señores Méndez Brañas y Retamal López, elegidos por la Corte Suprema de Justicia. Su presidente fue el señor Silva Cimma.

Sus atribuciones se encuentran en el artículo 78 b) las cuales son las que siguen:

- a). Resolver las cuestiones constitucionales que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.
- b). Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un Decreto con Fuerza de Ley.

- c). Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten con relación a la convocatoria a plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones.
- d). Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designado Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones.
- e). Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda.

La organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional fue regulado por el Auto Acordado del Tribunal Constitucional de fecha 23 de Noviembre del año 1971 y el procedimiento por el Auto Acordado del Tribunal Constitucional de fecha 11 de Diciembre del año 1971.

Lamentablemente los turbulentos y polarizados años de su funcionamiento llevaron al Tribunal Constitucional a ser incapaz de controlar los desbordes institucionales tanto del Congreso Nacional como del Presidente de la República, no cumpliendo el objetivo trazado con su creación. Con dos años

de funcionamiento y 16 fallos a su haber fue disuelto definitivamente el 11 de Septiembre del año 1973 por la Junta de Gobierno que derrocó a Allende.

#### **4.1.4.3.- Segunda Etapa:**

##### **Desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1980 hasta la Reforma Constitucional de 1989.**

#### **4.1.4.3.1.- Antecedentes Generales.-**

Esta segunda etapa, de resurgimiento del Tribunal Constitucional, se inicia con la creación del Capítulo VII en la Constitución Política de la República, denominado “Tribunal Constitucional” y que en el texto constitucional figura con los artículos 81, 82 83 de la Nueva Constitución de 1980, sometida a plebiscito el 11 de Septiembre del año 1980 y en vigor desde el 11 de marzo del año 1981.

El Tribunal Constitucional según consta del Informe del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de nueva constitución, está “encargado de velar por la supremacía constitucional y de resolver ciertos conflictos que se originan entre el Congreso y el Presidente de la República o entre éste y la Contraloría



General de la República”<sup>361</sup>, con una composición de 7 miembros “eminente mente técnica” según refuerza el texto del informe presentado como mensaje al país del Presidente Augusto Pinochet Ugarte del 10 de Septiembre de 1980.

El Tribunal Constitucional instalado al alero de la Constitución de 1980, se encuentra regulado por la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, número 17.997, publicada en el Diario Oficial con fecha 19 de Mayo del año 1981, y sus reformas posteriores.

4.1.4.3.2.- Integración del Tribunal Constitucional. Crítica a la influencia militar en su composición.

La integración del Tribunal Constitucional se encuentra regulada en el artículo 81 de la Constitución Política de 1980<sup>362</sup>, y contempla un total de siete

---

<sup>361</sup> Ver “*Texto comparado de la Constitución Política de la República de Chile de 1980 y la Constitución Política de la República de Chile de 1925*”. Informe del Consejo de Estado. Punto nueve. Tribunal Constitucional. Instituto de Estudios Generales. Santiago de Chile 1980. Página 130-131.

<sup>362</sup> Artículo 81 de la Constitución Política de 1980: “(...) Habrá un Tribunal Constitucional integrado por siete miembros, designados en la siguiente forma:

- a). Tres ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta, por mayoría absoluta en votaciones sucesivas y secretas;
- b). Un abogado designado por el Presidente de la República;
- c). Dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad nacional;
- d). Un abogado elegido por el Senado por mayoría absoluta de los senadores en ejercicio.

Las personas referidas en las letras b), c) y d) deberán tener a lo menos quince años de título, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública, no

ministros; los cuales durarán ocho años en sus cargos, se renovarán por parcialidades de cuatro años y serán inamovibles<sup>363</sup>. A saber:

podrán tener impedimento alguno que las inhabilite para desempeñar el cargo de juez, estarán sometidas a las normas de los artículos 55 y 56, y sus cargos serán incompatibles con el diputado o senador, así como también con la calidad de ministro del Tribunal Calificador de Elecciones.

Los miembros del Tribunal durarán ocho años en sus cargos, se renovarán por parcialidades de cada cuatro años y serán inamovibles.

Les serán aplicables las disposiciones de los artículos 77, inciso segundo, en lo relativo a edad y el artículo 78.

Las personas a que se refiere la letra a) cesarán también en sus cargos si dejaren de ser ministros de la Corte Suprema por cualquier causa.

En caso de que un miembro del Tribunal Constitucional cese en su cargo, se procederá a su reemplazo por quien corresponda de acuerdo con el inciso primero de este artículo y por el tiempo que falte al reemplazo para completar su periodo.

El quórum para sesionar será de cinco miembros. El Tribunal adoptará sus acuerdos por simple mayoría y fallará con arreglo a derecho.

Una ley orgánica constitucional determinará la planta, remuneraciones y estatuto del personal del Tribunal Constitucional, así como su organización y funcionamiento (...)."

363

De acuerdo con el artículo 81 de la Constitución de 1980, más las normas establecidas en la Ley Orgánica del Tribunal Constitución, podemos sintéticamente señalar que el **estatuto orgánico** de los Ministros del Tribunal Constitucional es el siguiente:

- 1.- **Son letrados con cualificación profesional.** Los miembros "judiciales" del Tribunal Constitucional (los elegidos en virtud de la letra a) del artículo 81 de la Constitución), deben ser Ministro de la Corte Suprema y reunir los requisitos para dicho cargo según lo dispone el Código Orgánico de Tribunales. En tanto los abogados designados por el Presidente de la República, el Consejo de Seguridad Nacional y el Senado deben tener a lo menos 15 años de título y haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública (artículo 81 inciso 1° letra a) e inciso 2° de la Constitución).
- 2.- **Son letrados afectos a las inhabilidades propias para ser juez** (artículo 81 inciso 2° de la Constitución).
- 3.- Son letrados a quienes se les aplican las **incompatibilidades para se parlamentario o ministro del Tribunal Calificador de Elecciones, y las prohibiciones del artículo 55 y 56 de la Constitución**, lo que tiende a resguardar la independencia de los Ministros del Tribunal Constitucional (artículo 81 inciso 2° de la Constitución). Sin embargo la propia Constitución excluye a los ministros designados por la Corte Suprema de las incompatibilidades y prohibiciones del artículo 55 y 56 de la Constitución.
- 4.- **Son letrados inamovibles en sus funciones**, durante los ocho años que dura su cargo, y se renovarán por parcialidades cada cuatro años (artículo 81 inciso 3° de la Constitución). los letrados cesan al cumplir los 75 años de edad, y sus

ministros “judiciales” cesan al perder la calidad de Ministros de la Corte Suprema por cualquier causa. Los reemplazos se harán por el tiempo que falta en funciones al ministro reemplazado (artículo 81 inciso 5 y 6 de la Constitución). Cabe agregar que el artículo 13 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional regula las causales de cesación en que el cargo de ministro del Tribunal constitucional, a saber: renuncia, expiración, haber cumplido 75 años de edad, inhabilidad, incompatibilidad sobreviniente; y estas dos últimas causales son calificadas por el propio Tribunal Constitucional con acuerdo de mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio, excluido el o los afectados. Los letrados podrán ser reelegidos o designados nuevamente para la función de forma indefinida con la limitación constitucional de la edad de 75 años.

- 5.- **Son letrados sometidos al régimen de implicancia** (artículo 19 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional).
- 6.- **Son letrados que gozan de privilegios honoríficos, económicos y procesales** (artículos 2° inciso final, 77 y 12 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional, respectivamente). Además gozan de **fuero penal y procesal penal** (artículos 20, 21 y 22 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional).
- 7.- Son letrados que se encuentran **eximidos de cargas públicas personales** que afectan a los ciudadanos comunes (artículo 12 inciso 1° de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional).
- 8.- Son letrados que además gozan de un **fuero especial en los estados de excepción constitucional** en orden a quedar inmune de toda medida restrictiva o privativa de libertad (artículo 41 número 7° inciso 2° de la Constitución). También los letrados gozan de la inmunidad de los jueces ordinarios, es decir, no podrán ser aprehendidos sin orden de un Tribunal competente, salvo delito o crimen flagrante y solamente para ser puestos a disposición de un tribunal competente, que para esta caso es un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago según la regla del turno (artículos 81 inciso 4° y artículo 78 de la Constitución, y artículo 20 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional).
- 9.- Son letrados que **no son personalmente responsables** de las decisiones, decretos o informes que expidan en los asuntos que conozcan. Tampoco se encuentran afectados de acusación constitucional (artículo 11 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional y artículo 48 de la Constitución).
- 10.- Son letrados que **pueden ser suplidos por “abogados integrantes”** elegidos por el mismo Tribunal Constitucional, por mayoría absoluta de sus miembros y en votaciones sucesivas y secretas (artículo 15 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional), Los abogados integrantes son cinco elegidos cada tres años, deben reunir los requisitos de los ministros elegidos en virtud del artículo 81 inciso 1° letra c) de la Constitución, operan como suplentes de los titulares en caso de vacancia o ausencia de éstos. Se discute sobre la constitucionalidad de esta forma de integración toda vez que se rompe el principio de el sistema de suplencia de este Tribunal debe ser determinado por los mismo órganos que intervienen en su generación, esto es, el Presidente de la República, Senado Corte Suprema y Consejo de Seguridad Nacional.

- a).- Tres Ministros de la Corte Suprema elegidos por ésta.
- b).- Un abogado designado por el Presidente de la República.
- c).- Dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad nacional.
- d).- Un abogado elegido por el Senado.

Esta integración, que nuestro constituyente denominó técnica y no política, está lejos de concertar acuerdo y todavía hoy se tramita su reforma. Ella es enteramente original en nuestro medio y en Derecho Comparado<sup>364</sup>. En

---

<sup>364</sup>

Resulta interesante y del todo útil comparar la forma de integración de nuestro Tribunal Constitucional, con la integración que el mismo órgano tiene en otras legislaciones. Al respecto ver FAVOREU, LOUIS. “*Los Tribunales Constitucionales*”, traducción de Marc Carrillo, Editorial Ariel, Barcelona 1994, y también del mismo autor “*Los Tribunales Constitucionales*” traducción de José Julio Fernández Rodríguez, en obra colectiva “*Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*”. Ob. Cit. Páginas 95 y siguientes. De ambos trabajos se puede extraer el siguiente resumen comparativo de los Tribunales Constitucionales europeos, en cuanto a las autoridades que intervienen en su integración:

- 1.- **Tribunal Constitucional austriaco** se encuentra compuesto de 14 miembros titulares y 6 suplentes. Sus miembros titulares son elegidos todos ellos por el Presidente de la Federación a propuesta del Gobierno Federal (5 miembros), del Consejo Nacional (3 miembros) y del Consejo Federal (3 miembros).
- 2.- **Tribunal Constitucional alemán**, se encuentra integrado por 16 miembros, 8 elegidos por el Bundestag y 8 elegidos por el Bundesrat.
- 3.- **Tribunal Constitucional Italiano**, se compone de 15 miembros, 5 nombrados por el Presidente de la República, 5 por el parlamento y 5 por las Magistraturas Supremas.
- 4.- **Consejo Constitucional francés**, se integra de 9 miembros, 3 elegidos por el Presidente de la República, 3 por el Presidente de la Asamblea Nacional y 3 por el Presidente del Senado.

- 5.- **Tribunal Constitucional español**, se compone de 12 miembros, todos ellos nombrados por el Rey, a propuesta del Congreso (4 miembros), del Senado (4 miembros), del Gobierno (2 miembros) y del Consejo General del Poder Judicial (2 miembros).
- 6.- **Tribunal Constitucional portugués**, se compone de 13 miembros, 10 elegidos por la Asamblea de la República y 3 por Cooptación.
- 7.- **Tribunal de Arbitraje belga**, compuesto por 12 miembros, todos ellos nombrados por el Rey de una lista doble presentada por el Senado.
- 8.- **Tribunal Constitucional de Albania**, se conforma de 9 miembros que son elegidos de la siguiente forma: 5 por la Asamblea Nacional y 4 elegidos por el Presidente de la República.
- 9.- **Tribunal Constitucional de Armenia**, se compone de 9 miembros, de los cuales 5 son nombrados por la Asamblea Nacional a propuesta del Presidente de la Asamblea Nacional y 4 son designados por el Presidente de la República.
- 10.- **Tribunal Constitucional de Bulgaria**, se compone de 12 miembros, siendo designados 4 por el Presidente de la República, 4 por la Asamblea Nacional y 4 elegidos por la asamblea de jueces del Tribunal Supremo.
- 11.- **Tribunal Constitucional de Croacia** se integra de 16 miembros, todos ellos elegidos por la Cámara de Representantes a propuesta de la Cámara de los Comunes.
- 12.- **Tribunal Constitucional de Hungría** se compone de 11 miembros, todos ellos elegidos por la Asamblea Nacional por mayoría de los 2/3 de la misma.
- 13.- **Tribunal Constitucional de Lituania**, se compone de 9 miembros, todos elegidos por el Senado a propuesta de una lista del Presidente de la República (3 miembros), de una lista del Presidente del Senado (3 miembros) y de una lista del Presidente del Tribunal Supremo (3 miembros).
- 14.- **Tribunal Constitucional de Macedonia**, compuesto de 9 miembros, todos ellos elegidos por la Asamblea Nacional por mayoría absoluta de sus miembros.
- 15.- **Tribunal Constitucional de Polonia**, compuesto de 12 miembros, elegidos y revocados por la Dieta.
- 16.- **Tribunal Constitucional de la República Checa**, compuesto de 15 miembros, nombrados todos ellos por el Presidente de la República con acuerdo del Senado.
- 17.- **Tribunal Constitucional de Rumania**, se integra de 9 miembros, 3 elegidos por la Asamblea de Diputados, 3 elegidos por el Senado y 3 elegidos por el Presidente de la República.
- 18.- **Tribunal Constitucional de Rusia**, compuesto de 19 miembros, elegidos todos por mayoría absoluta del Consejo de Federación a propuesta del Presidente de

efecto, ningún país del mundo se contempla una integración de miembros titulares en ejercicio del Poder Judicial como Ministros del Tribunal Constitucional, más aún cuando hemos visto que el nacimiento de este órgano tiene su fundamento en el rechazo existente al juez ordinario y funcionario acostumbrado a la pasividad constitucional en materia de derechos y garantías individuales. No se puede ser juez ordinario y juez constitucional al mismo tiempo, pues no se justifica la trascendencia del órgano si los mismos jueces que criticamos por no tener cultura constitucional garantista, van a integrar el máximo guardián de la Constitución en nuestro medio.

---

la Federación.

- 19.- **Tribunal Constitucional de Serbia**, compuesto de 9 miembros, elegidos por la Asamblea Nacional a propuesta del Presidente de la República.
- 20.- **Tribunal Constitucional de Eslovaquia**, se compone de 10 miembros nombrados por Presidente de la República de una lista de 20 personas elaborada por el Consejo Nacional.
- 21.- **Tribunal Constitucional de Eslovenia**, se compone de 9 miembros, designados por la Asamblea nacional a propuesta del Presidente de la República.
- 22.- **Tribunal Constitucional de Yugoslavia**, se compone de 3 miembros, elegidos por la Asamblea Federal a propuesta del Presidente de la República.

Creemos, como Favoreu<sup>365</sup>, que lo “contencioso constitucional”, por las características que presenta y que ya hemos analizado, requiere de un juez constitucional único, ajeno a la carrera judicial e inmerso en lo que podemos llamar un ethos y thelos democrático garantista, características que, por ciento, no ha cumplido nuestro máximo tribunal del país, haciendo tanto de la acción de inaplicabilidad por inconstitucional como del recurso de protección un medio ineficaz de resguardo de los derechos fundamentales y remedio de los excesos legislativos.

---

<sup>365</sup>

El profesor Favoreu, al señalar las características del Tribunal Constitucional en Europa, expresa: “(...) el Tribunal Constitucional es estructuralmente distinto a las jurisdicciones ordinarias; no está ni en la cumbre del edificio jurisdiccional, como el Tribunal Supremo, ni compuesto en parte por miembros de éste; ni constituido por una sala de dicho Tribunal, como en cierto número de países africanos. El Tribunal Constitucional está situado fuera del aparato jurisdiccional ordinario y no utiliza, para nada, ni su personal, ni su cuadro dirigente, ni sus locales. No debe haber, de la manera que sea, un nexo de dependencia entre el Tribunal Constitucional y el aparato jurisdiccional ordinario. Además, la composición de los tribunales constitucionales no se acomoda a la de las jurisdicciones ordinarias (...)”. El autor, por cierto, no olvida recordarnos como nota al final de su ponencia, la integración del Tribunal Constitucional Chileno por miembros de la judicatura ordinaria. FAVOREU, LOUIS. *“Los Tribunales Constitucionales”*, en Obra Colectiva *“La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”*. Ob. Cit. Páginas 104-105. El mismo autor, en *“Los Tribunales Constitucionales”*, Editorial Ariel, Barcelona, año 1994, páginas 19 a 20, citando a Béguin, señala que los jueces ordinarios, bajo el Régimen de la Constitución de Weimar, en Alemania, “(...) no se opusieron, así, a numerosas violaciones del orden constitucional cometidas muy pronto por el Parlamento (...)”, reflejando a juicio del autor la incapacidad del juez ordinario para ejercer la justicia constitucional. Para confirmar su aserto, cita a Mauro Cappelletti, quien señala: “(...) Los jueces de la Europa continental son habitualmente magistrados de “carrera”, poco aptos para cumplir una tarea de control de las leyes, tarea que, por cierto, como veremos, es inevitablemente creadora y va mucho más lejos de su función tradicional de “meros intérpretes” y “fieles servidores” de las leyes. La interpretación misma de las normas constitucionales, y especialmente del núcleo central de éstas, que es la Declaración de los derechos fundamentales o “Bill of Rights”, suele ser muy distinta de la interpretación de las leyes ordinarias. Requiere una aproximación que se conjuga mal con la tradicional “debilidad y timidez” del juez según el modelo continental (...)”.

Se suma a lo anterior el hecho que los ministros designados por la Corte Suprema son elegidos por medio de “votaciones sucesivas y secretas”, lo que impide que minorías de la Corte Suprema puedan ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional<sup>366</sup>.

La designación de dos miembros por el Consejo de Seguridad Nacional, es lejos la más discutible y censurable, pero no por la calidad técnica de los miembros por ellos elegidos –lo cual en la mayoría de los casos es incuestionable– sino por la atribución misma y por el diseño de este Consejo de Seguridad Nacional en nuestra Constitución.

Concebido como un órgano “garante de la institucionalidad” reafirma la pretensión de una tutela militar intolerable en un régimen democrático, hecho grave solo aminorado por la prudencia y corrección con que han actuado la mayoría de sus miembros y que necesita de una esperada y urgente reforma<sup>367</sup>.

---

<sup>366</sup> En un artículo publicado en el Diario El Mercurio de Santiago, página A-2, con fecha 17 de febrero de 2001, KANGISER, PABLO, del Instituto Libertad y Desarrollo, propone que “(...) el Tribunal Constitucional esté formado mayoritariamente por miembros provenientes de la Corte Suprema, esto es, cinco en lugar de cuatro. De esos cinco ministros, dos podrían ser ministros y los otros tres elegidos por la Corte (...)”. El fundamento del autor para esta propuesta es, según sus dichos, potenciar “(...) que los fallos del Tribunal constituirán siempre un juicio jurídico ajeno en lo posible a consideraciones de orden político (...)”. Discrepamos de dicho análisis emitido por un centro de estudios de la centroderecha política del país, que muestra las mismas observaciones y dogmas tan patentes en la elaboración de la Constitución de 1980 y en el mensaje del General Pinochet.

<sup>367</sup> Conforme a las propuestas de reforma constitucional que conoce actualmente el Senado, se ha propuesto, en relación con la integración del Tribunal Constitucional, aumentar de 7 a 9 el número de ministros, implementando una nueva fórmula de designación: 3 designados por la Corte Suprema, 3 por el Presidente de la República y 3 por el Senado; los nominados por la Corte durarían tres años y pueden reelegirse y los 6 restantes durarían 9 años, renovables por parcialidades. Artículo publicado en El



Aclaremos que no estamos en contra de la existencia del órgano Consejo de Seguridad nacional, si no que atacamos la concepción que sobre éste tiene el constituyente de 1980.

No es aceptable, en un régimen democrático de derecho, que el Consejo de Seguridad nacional pueda hacer presente o “represente” –esta última según la redacción anterior a la reforma de 1989– su disconformidad ante los actos del Presidente de la República, del Congreso Nacional o del mismo Tribunal Constitucional, más aún cuando civiles y militares se encuentran empatados en sus fuerzas, lo que obliga a los civiles a conseguir apoyo militar y a los militares apoyo civil.

No es sano ni menos conveniente introducir elementos de deliberación política en el seno de nuestras Fuerzas Armadas, más con la intranquilidad ciudadana que ella ha originado en el pasado reciente de nuestra patria.

4.1.4.3.3.- Misión del Tribunal Constitucional bajo la vigencia de la Carta de 1980.-

---

Mercurio de Santiago, página C-3, de 19 de enero de 2002. Ver apartado 4.2.4 de este mismo Capítulo.

Del catálogo de funciones y atribuciones contenido en el artículo 82 de la Constitución Política de 1980, podemos señalar que la misión fundamental del Tribunal Constitucional es velar por la constitucionalidad de la ley y otros actos normativos, en cumplimiento al imperativo del artículo 6 de la Carta Fundamental, que obliga a todos los órganos del Estado a velar por la Supremacía Constitucional<sup>368</sup>. Esta distinción es importante, pues según hemos expuesto latamente, la supremacía constitucional rebasa el control de constitucionalidad de la ley, y se interna, además y como rol primordial, el amparo y tutela de los derechos fundamentales.

No cabe duda que ambos elementos están interrelacionados estrechamente, pero lo que queremos mostrar es simplemente, que las acciones directas de amparo y protección de derechos fundamentales, propios del Derecho Comparado, como el “Habeas Corpus” o “el amparo”, no están dentro de las funciones del Tribunal Constitucional. La acción de “Habeas Corpus” denominada en nuestro medio como “recurso de amparo” está entregada por el artículo 21 de la Constitución a los Tribunales Ordinarios, así

---

<sup>368</sup> Lamentablemente, no podemos concordar, por ahora, con don JIMÉNEZ BULNES, MANUEL, ex Ministro del Tribunal Constitucional Chileno, quien en artículo de opinión publicado en El Mercurio de Santiago, página A-2, con fecha 9 de febrero de 2001, señala que la Constitución le reconoce al Tribunal Constitucional, el papel de guardián de la Constitución, pero concordamos con su autor en que la existencia del Tribunal “(...) produce con sus decisiones efectos jurídicos políticos muy importantes, como es afianzar el papel rector de la Constitución en los conflictos sociales extendiendo de esa manera la influencia del Derecho en la vida de una nación con sus consecuentes beneficios para todos los ciudadanos (...)”.

como la acción constitucional de protección del artículo 20 de la Constitución, denominada por la doctrina y legislación extranjera como recurso de amparo.

En este sentido, podemos señalar con propiedad, que en cuanto control de constitucionalidad de la ley, nuestro sistema se asemeja al modelo europeo o concentrado, con dualidad de judicatura: Tribunal Constitucional y Corte Suprema; y que en cuanto al control y protección de la tutela y eficacia de los derechos fundamentales, se entrega a los tribunales ordinarios. En alguna medida, nuestro sistema se asemeja al Consejo Constitucional francés y se aleja de modelos como el alemán y el español<sup>369</sup>.

Pero el Tribunal Constitucional de la Carta de 1980 tiene, además, otra competencia: el control jurisdiccional de la Cláusula de Protección a la Democracia, introducido a nuestro sistema constitucional mediante el artículo 11 de, inciso 2° del Acta Constitucional Número 3, cuyo antecedente es el artículo 21 de la Constitución Federal de Alemania<sup>370</sup>, y que se materializa en

---

<sup>369</sup> Útil resulta recordar que la dicotomía difuso-concentrado de control de constitucionalidad, surgida en la oposición de los sistemas estadounidense y europeo continental, solamente dice relación con el **control de constitucionalidad de las leyes y no otros actos normativos** como la potestad reglamentaria del Presidente de la República, ni menos al control de eficacia de los derechos fundamentales, por lo que resulta erróneo calificar nuestro sistema de mixto, utilizando para ello los diferentes órganos encargados de velar por la supremacía constitucional. Ver lo dicho en apartados 3.5.2.2. y 3.5.2.3. del Capítulo III de esta memoria.

<sup>370</sup> En cuanto a los antecedentes del artículo 8° de la Constitución, en el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en lo fallos rol 16 de fecha 2 de Junio de 1983, considerando 10, y rol 46 de fecha 21 de Diciembre de 1987, considerando 53. Ver VALENZUELA SOMARRIVA, EUGENIO. *“Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal*

definitiva en el del artículo 8º contenido en el Capítulo I de la Constitución<sup>371</sup>. Es quizás la materia más controvertida, criticada y tildada de ilegítima dentro de la Constitución de 1980 por el marcado sesgo político que la funda, de proscribir una bien determinada doctrina asociada, por cierto, a la Unidad Popular, los partidos y organizaciones de izquierda y la oposición al régimen militar imperante en esa época, y por sancionar más bien ideas políticas contrarias al régimen imperante que acciones concretas de carácter inconstitucionales.

Al respecto el Tribunal Constitucional expresamente señala:

---

*Constitucional. 11 de Marzo de 1981 – 10 de Marzo de 1989*". Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1989. Páginas 7 y siguientes.

<sup>371</sup>

Texto definitivo del artículo 8º de la Constitución Política de 1980.-

"(...) Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República.

Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales.

Corresponderá al Tribunal Constitucional conocer de las infracciones a lo dispuesto en los incisos anteriores.

Sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la Constitución o en la ley, las personas que incurran o hayan incurrido en las contravenciones señaladas precedentemente no podrán optar a funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, por el término de diez años contado desde la fecha de la resolución del Tribunal Constitucional. Tampoco podrán ser rectores o directores de establecimientos de educación ni ejercer en ellos funciones de enseñanza, ni explotar un medio de comunicación social o ser directores o administradores del mismo, ni desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrán ser dirigentes de organizaciones políticas relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo.

Si las personas referidas anteriormente estuvieran a la fecha de la declaración del Tribunal en posesión de un empleo o cargo público, sea o no de elección popular, lo perderán, además, de pleno derecho.

Las personas sancionadas en virtud de este precepto no podrán ser objeto de rehabilitación durante el plazo señalado en el inciso cuarto.

La duración de las inhabilidades contempladas en este artículo se elevará al doble en caso de reincidencia (...)"

*“(...) la intención o espíritu del artículo 8º, claramente manifestado en su historia en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (sesión n° 365º, de 3 de Mayo de 1978), demuestra que con tal precepto se quiso sancionar, concretamente, entre otras, la propagación de la doctrina marxista como una de las expresiones más relevantes en la realidad contemporánea de las doctrinas que atentan contra la familia, propugnan la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases (...).”<sup>372</sup>.*

372

Considerando 40º del **fallo rol 21 de fecha 31 de Enero de 1985**. Ver *“Fallos pronunciados por el Excmo. Tribunal Constitucional entre el 4 de mayo de 1981 y el 24 de Septiembre de 1985”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1986. (SIC. Lo destacado y escrito entre paréntesis es nuestro). También revisar VALENZUELA SOMARRIVA, EUGENIO. *“Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 11 de Marzo de 1981 – 10 de Marzo de 1989”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1989. Páginas 14 y siguientes. Podemos agregar que en el mismo fallo rol 21, en sus considerandos 33 y 34 se refuerza el argumento que el fundamento y finalidad del artículo 8º de la Constitución de 1980, manifestado claramente por el Constituyente, era especialmente proscibir a los grupos y personas que propugnaren en forma proselitista la doctrina Marxista-leninista, considerandos que estimamos conveniente reproducir:

“(...) 33º: Que la doctrina marxista-leninista queda comprendida dentro de las doctrinas cuya propagación sanciona el artículo 8º de la Constitución, ya que tal doctrina propugna la violencia y una concepción de la sociedad, del Estado y del orden jurídico de carácter totalitario (...).”

“(...) 34º: Que, en efecto, la doctrina marxista-leninista propugna la violencia. Como es público y notorio, la doctrina de Marx y Engels, desarrollada especialmente por Lenin, propicia la violencia como el método ineludible para el paso de la "sociedad capitalista" o "burguesa" a la "dictadura del proletariado", como consecuencia de la necesaria e inexorable evolución científica que atribuyen a su doctrina (...).”

En este mismo sentido ver **fallo rol 46 de fecha 21 de Diciembre de 1987**, en el cual el Tribunal Constitucional reitera el mismo fundamento en su considerando 49 que cuyo texto es el que sigue:

“(...) 49º. ...al iniciarse el debate sobre el Memorándum de Intenciones que presentara la Comisión de Estudio a la Junta de Gobierno con las bases de la Nueva Carta Fundamental, en su 1a. Sesión, de fecha 24 de septiembre de 1973, el Presidente de ella (manifestó): "que para afianzar cualquier sistema de gobierno democrático era indispensable tener presente, entre otras, las siguientes medidas:

El establecimiento de un precepto constitucional, similar al contemplado en la Carta de Alemania Federal, que declare:

**1) Contrarios a la Constitución a los partidos o movimientos que**

En uso de esta atribución, por propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnar la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales el Movimiento Democrático Popular (M.D.P.), al Movimiento de Izquierda Revolucionario (M.I.R.), y los Partidos Comunista y Socialista de Chile (facción que encabezaba don Clodomiro Almeyda Medina), así como al propio Clodomiro Almeyda Medina<sup>373</sup>.

---

**sustentan ideas o doctrinas marxistas;**

2) La prohibición de que las personas que profesen dichas ideologías puedan ocupar cargos de elección popular, sancionando a los infractores con la destitución en tales cargos" (...).(SIC. Lo escrito entre paréntesis es nuestro).

Ver LARRAÍN CRUZ, RAFAEL. Recopilador. *"Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 23 de Diciembre de 1985 y el 23 de Junio de 1992"*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1993. Páginas 54 y siguientes.

373

Mediante la **sentencia rol 21 de fecha 31 de Enero del año 1985**, ya citada, se declaró la inconstitucionalidad del Movimiento Democrático Popular (M.D.P.) y las organizaciones denominadas Partido Comunista de Chile, Movimiento de Izquierda Revolucionaria (M.I.R.) y Partido Socialista de Chile (facción que encabeza el señor Clodomiro Almeyda Medina). Ver nota 43 de este mismo Capítulo.

En tanto, mediante **sentencia rol 46 de fecha 21 de Diciembre del año 1987**, pronunciada por el Tribunal Constitucional ante el requerimiento que formulara el Señor Ministro del Interior, don Fernando García Rodríguez, en contra de Clodomiro Almeyda Medina, y que en definitiva acoge el requerimiento, declara que el señor Clodomiro Almeyda Medina es responsable de haber infringido el inciso primero del artículo 8° de la Constitución de 1980. Sus fundamentos se desarrollan en los considerandos ya citados (ver nota 43 de este mismo Capítulo) y en los que se reproducen a continuación:

"(...) 47°. Que la Constitución de 1980 contempla, pues, un sistema institucional diferente destinado a fortalecer la democracia, dotándola de mecanismos jurídicos adecuados que la protegen de los peligros que enfrenta.

En este sentido el artículo 8° es, pues, el precepto destinado a preservar la democracia y señalar el marco del pluralismo ideológico permisible y que tiene por objeto proteger los principios y valores básicos en que se fundamenta la institucionalidad (...)"

"(...) 48°. Que de lo anterior se desprende que el precepto del artículo 8°, desde los inicios de su gestación, ha tenido por finalidad esencial preservar la democracia, la libertad, los derechos fundamentales de las personas e, incluso, la soberanía de Chile, de actos destinados a propagar doctrinas totalitarias, cuya finalidad es aniquilar estos valores y proclamar el Estado absoluto (...)"

Al igual como en el pasado, la no declaración de inhabilidad del Ministro José Tohá le significó al Tribunal Constitucional de esa época la censura de los grupos opositores a Allende, la declaración de inconstitucionalidad de personas

---

“(...) 57°. Que de lo anterior se desprende que este Tribunal ya ha sentado jurisprudencia en cuanto a que los ilícitos constitucionales sancionados por el inciso primero del artículo 8° de la Constitución, se configuran a través de uno cualquiera de los actos destinados a propagar (es decir, a difundir con ánimo proselitista y no a otras formas diferentes de difusión) las doctrinas por él descritas, entendiendo por doctrina "un cuerpo sistemático de ideas" y no opiniones que no alcancen ese rasgo distintivo de una doctrina, hecho que, por lo demás, corresponderá, en cada caso, resolver al Tribunal Constitucional (...).”

“(...) 59°. Que el señor Almeyda ha infringido el artículo 8° de la Constitución consta, entre otros, del documento que corresponde a la convocatoria hecha por el requerido al XXIV Congreso General Ordinario del PSCH... (...).”

“(...) 60°. Que, por lo demás, en concepto de este Tribunal, no es dable concebir que el presidente o líder máximo de un partido –y más aún tratándose de una entidad marxista-leninista– no propague la doctrina de su partido (...).”

“(...) 86°. Que este Tribunal, apreciando en conciencia la prueba rendida en autos, y teniendo presente las reiteradas declaraciones, entrevistas y publicaciones efectuadas por el requerido, llamadas a tener efecto en Chile y hechas por quien se reconoce marxista-leninista y preside y lidera un movimiento político también marxista-leninista, así como las propias confesiones contenidas en sus escritos, estima indudable que el señor Almeyda ha incurrido en actos destinados a propagar la doctrina marxista-leninista y su contenido ideológico: la violencia y la concepción del Estado, de la sociedad y del orden jurídico de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases (...).”

“(...)” 87°. Que el ilícito constitucional consumado y acreditado con las pruebas anteriores, no puede desaparecer por el hecho de que en distintas declaraciones pueda el señor Almeyda haberse manifestado un defensor de la democracia y de los derechos inherentes a ella, pues tales actitudes están abiertamente reñidas no sólo con su carácter de marxista-leninista, con sus actos y declaraciones reiteradas sustentando el contenido ideológico de la doctrina marxista, sino que ellas corresponden a la esencia de la moral marxista que, como es sabido, "está enteramente subordinada a los intereses de la lucha de clases del proletariado". (Lenin, Obras Escogidas, Moscú 1944, Tomo IV, Pág. 462).

Esta moral marxista se desprende, también de las declaraciones del propio requerido, especialmente, cuando señala a fs. 227 de autos, que es aconsejable, en determinado lugar y circunstancia, el "reemplazo táctico" del concepto de dictadura del proletariado por otro término que no evoque perjudiciales asociaciones (...).”

Ver LARRAÍN CRUZ, RAFAEL. Recopilador. *"Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 23 de Diciembre de 1985 y el 16 de Junio de 1992"*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1993. Páginas 54 y siguientes.

y movimientos de izquierda, le dio a este Tribunal Constitucional la imagen institución afín y condescendiente con el Gobierno de militar turno<sup>374</sup>.

<sup>374</sup>

En todo caso, cabe hacer presente que el Tribunal Constitucional se preocupó de desarrollar una Jurisprudencia bastante elaborada en relación con el controvertido artículo 8° de la Constitución, que desde nuestro punto de vista sirvió más bien para aplicarlo en forma más restringida que extensivamente. En efecto, la Jurisprudencia de Tribunal Constitucional, además de establecer el origen, fundamento y fin del artículo en comento (ver notas al pie 43 y 44 de este mismo Capítulo) discurrió en torno a tres líneas doctrinarias:

- 1.- **Precisar el sentido y alcance del artículo 8° de la Constitución.-** Sin perjuicio de reafirmar que el sentido de la norma es proscribir especialmente a la doctrina del Marxismo-Leninismo (fallo rol 21 de 31 de Enero de 1985, considerandos 33, 34 y 40), el Tribunal Constitucional precisa que la conducta sancionada por el dicho artículo es la acción externa de propagar determinadas doctrinas, y no la simple discrepancia ideológica que no se exterioriza, tampoco constituye conducta sancionada cualquier atentado contra el ordenamiento jurídico que no configure actos destinados a la difusión de las doctrinas que específica y taxativamente ha señalado el constituyente (fallo rol 16 de fecha 2 de Junio de 1983. Considerandos 9, 11 y 12). Además un voto de minoría agrega otro elemento para configurar la conducta sancionada, pues cualquier difusión de las doctrinas no esta comprendida por el artículo en comento, sino solo la difusión con fines proselitistas, es decir con el objeto de atraer partidarios, quedando fuera la difusión, exposición, análisis o discusión pública con fines académicos, científicos o de cualquier otra índole que no sea proselitista (Voto de disidencia en fallo rol 46 de 21 de Diciembre de 1987). Ver VALENZUELA SOMARRIVA, EUGENIO. Ob. Cit. Páginas 10 y siguientes.
- 2.- **Restringir la aplicación del artículo 8° de la Constitución en cuanto a los efectos materiales, temporales y personales.-** En efecto, se establece claramente que siendo una sanción y un precepto de excepción dentro de la Constitución, la norma del artículo 8°, por su naturaleza, debe ser aplicada siempre en forma restrictiva (Fallo rol 16 de fecha 2 de Junio de 1983. Considerado 8°. También Fallo rol 21 de 31 de Enero de 1985. considerandos 21° y 22°. También Voto Disidente en fallo rol 46 de 21 de Diciembre de 1987, acápite 13 y 14). Ver VALENZUELA SOMARRIVA, EUGENIO. Ob. Cit. Páginas 28 - 29. En cuanto a la aplicación en el tiempo del artículo 8° de la Constitución, también restringe su aplicación ya que establece que su entrada en vigencia es el 11 de Marzo del 1981, no tiene efecto retroactivo y solo se aplica a personas que incurran o hayan incurrido en el ilícito constitucional del artículo en cuestión con posterioridad a su entrada en vigencia. (fallo rol 46 de fecha 21 de Diciembre de 1987. Considerandos 13 al 24). Resulta interesante apuntar que dicha interpretación el Tribunal Constitucional la sienta incluso contra la intención conocida del Constituyente como lo señala expresamente en el considerando 23 del fallo rol 46, ya citado, que estimamos conveniente reproducir: "(...) 23°. Que a la conclusión anterior no obsta lo expuesto en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución en las sesiones 359 y 415 de 26 de abril y 28 de septiembre de 1978, ya que "la voluntad de la Constitución",



claramente expresada en su texto, prevalece sobre ello. Como bien lo afirma el tratadista Sebastián Soler no basta que el autor de la iniciativa haya dicho o pensado un determinado concepto, "para que su voluntad se haya efectivamente introducido e incorporado en el cuerpo dinámico del derecho". Con suma frecuencia ocurre que el sistema jurídico absorbe sólo aparentemente una pretendida novedad, pero luego la rechaza por incompatibilidad sistemática con otros principios jurídicos superiores. (Interpretación de la ley pág. 120) (...)" Ver LARRAÍN CRUZ, RAFAEL. Recopilador. OB. Cit. Páginas 70 – 72. También en este mismo sentido, de restringir la aplicación del artículo 8°, se encuentra la Jurisprudencia que establece que la declaración de inconstitucionalidad de una organización, movimiento o partido político, no afecta a las personas naturales que no fueron parte en el proceso ni legalmente emplazados en él (Fallo rol 32 de fecha 20 de Agosto de 1985. Considerandos 1° y 2°). Ver VALENZUELA SOMARRIVA, EUGENIO. Ob. Cit. Página 28.

- 3.- **Intentar armonizar el artículo 8° de la Constitución con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y con los Principios Democráticos de la misma Constitución.-** Fue por ciento la misión más difícil atendida la circunstancia que el artículo 8° estaba en abierta contradicción con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y en contradicción, también, con otras disposiciones garantistas de la misma Constitución, como es el caso de su artículo 5° inciso 2°. Sin embargo, frente a dicha discusión, el Tribunal Constitucional reafirma la legitimidad y aplicación del artículo 8° frente a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ya que ante un conflicto entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional, aquél debe ser resuelto sobre la base de éste último, en este sentido las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las normas contenidas en los Tratados Internacionales. (Fallo rol 46, de fecha 21 de Diciembre de 1987, considerandos 26 a 30). En cuanto a la relación entre el artículo 5° inciso 2° y el artículo 8°, el Tribunal Constitucional establece no existe contradicción posible, toda vez que la Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, así las cosas se debe excluir toda interpretación que lleve a dejar sin aplicación determinados preceptos de la Constitución. Por lo tanto el Tribunal Constitucional interpreta ambos artículos, señalando que el artículo 8°, mediante el establecimiento de aquel ilícito constitucional, no hace más que proteger precisamente los valores y bienes jurídicos que establece el artículo 5° inciso 2°, esto es, los derechos esenciales que emanan de la persona humana. (Fallo rol 46, de fecha 21 de Diciembre de 1987, considerandos 37 a 40). Ver LARRAÍN CRUZ, RAFAEL. Recopilador. "Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 23 de Diciembre de 1985 y el 16 de Junio de 1992". Ob. Cit. Páginas 54 y siguientes.

En conclusión, nos queda decir, que en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en relación con el artículo 8° de la Constitución, realizó una interpretación más bien sistémica y finalista de la norma constitucional, dejando de lado el literalismo del texto, criterio aquél recurrente en la interpretación de la mayoría de las normas constitucionales. Sobre la interpretación constitucional y la labor del Tribunal Constitucional como supremo interprete volveremos más adelante. Ver apartado 4.2.1 y nota al pie número 401 en la Segunda Parte de este mismo Capítulo.

Sin perjuicio de ello, creemos que el Tribunal Constitucional tuvo tiempo y oportunidad de demostrar su imparcialidad y su estricto apego a la Constitución, incluso sentando en sus fallos una interpretación finalista de la Carta Fundamental que sería a la larga un decisivo aporte para el proceso de restauración de la Democracia en Chile<sup>375</sup>.

---

<sup>375</sup> Como demostración de esta afirmación, destacamos la **sentencia rol 33 de fecha 24 de Septiembre de 1985**, dictada por el Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del Proyecto de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Calificador de Elecciones y sus importantes consecuencias en la legitimidad de los plebiscitos de fecha 5 de Octubre de 1988 y 17 de Agosto del año 1989.

En efecto, en uso de la facultad otorgada por el artículo 82 número 1° de la Constitución, se somete a control obligatorio de constitucionalidad el mencionado proyecto de ley, en el cual el Tribunal Constitucional estimó contrario a la Carta Fundamental el artículo final de dicho proyecto que establecía el momento en que debía constituirse el Tribunal Calificador de Elecciones, y cuyo texto era el siguiente: "(...) El artículo 84 de la Constitución Política y la presente ley (orgánica constitucional del Tribunal Calificador de Elecciones) entrarán en vigencia sesenta días antes de la fecha en que debe realizarse la convocatoria a la primera elección de senadores y diputados (...)" (SIC. Lo escrito entre paréntesis es nuestro). En tanto, el artículo el artículo 11 transitorio de la Constitución de 1980 disponía textualmente: "(...) El artículo 84 de la Constitución relativo al Tribunal calificador de Elecciones, comenzará a regir con la ley respectiva, con ocasión de la primera elección de senadores y diputados, y sus miembros deberán estar designados con treinta días de anticipación a esa fecha (...)".

Sin perjuicio de aparente concordancia entre el proyecto de norma sometida a control y la norma constitucional, el Tribunal Constitucional apartándose de una interpretación literalista de la Carta de 1980, inclinándose nuevamente por un criterio sistémico y finalista, y considerando criterios de tipo político-constitucional, declara que el artículo final del proyecto de ley sometido a su control, ya reproducido, es inconstitucional, pues del análisis armónico de toda la Constitución se concluye que el Tribunal Calificador de Elecciones debe estar en funcionamiento para supervisar, "calificar" y legitimar ante la comunidad nacional, los plebiscitos que se realicen antes de la primera elección de diputados y senadores. Estos plebiscitos no fueron otros que el presidencial de 5 de Octubre de 1988, en el cual se decidía si el régimen militar se mantendría otros ocho años más, y el de reforma constitucional de 17 de Agosto de 1989. Los argumentos del Tribunal se desarrollan en los considerandos que se reproducen a continuación:

"(...) 8°. Que en un primer análisis de este precepto, en conformidad a su estricto tenor literal, y con prescindencia del resto de las disposiciones de la Carta Fundamental, conduce a pensar que el artículo 84° de la Constitución y las normas legales que lo complementan entrarán a regir, sin excepciones ni limitaciones de ninguna especie, en la fecha que señale la ley orgánica constitucional respectiva, con motivo de la primera elección de diputados y senadores. De esta manera, la vigencia del artículo 84° se vincularía exclusiva y directamente con la referida elección de

parlamentarios (...)."

"(...)" 9°. Que, sin embargo, esta rígida interpretación del texto constitucional resulta inadmisibles, porque ella está en pugna o contradice el artículo permanente y las disposiciones transitorias de la Carta Fundamental que a continuación se señalan:

a) El artículo 18, que establece el "sistema electoral público",

b) La disposición transitoria vigésima séptima, inciso final, que dispone la realización de un plebiscito para que la ciudadanía se pronuncie sobre la proposición de la persona que desempeñará el cargo de Presidente de la República, en el próximo período presidencial (que en definitiva fue el plebiscito de 5 de Octubre de 1988); y

c) Las disposiciones transitorias decimotercera, letra A), y vigésima primera, letra d), al establecer que, durante el período a que se refiere la decimotercera disposición transitoria y hasta que entren en funciones el Senado y la Cámara de Diputados, las reformas constitucionales que se acuerden sólo tendrán eficacia si son aprobadas por un plebiscito; (...)."

"(...)" 10°. Que el artículo 18 de la Carta Fundamental, que establece "un sistema electoral público", se encuentra vigente como lo demuestran el precepto final y el inciso 2° de la disposición decimotercera transitoria de la Constitución Política. En consecuencia, dicho artículo y su respectiva ley orgánica constitucional deben aplicarse plenamente a los actos plebiscitarios que se realicen, ya sea antes o después de la primera elección de senadores y diputados (...)."

"(...)" 12°. Que la doctrina y la jurisprudencia del propio Tribunal Calificador de Elecciones demuestran con nitidez que éste constituye una fase esencial y vital en los actos electorales y plebiscitarios, cuya ausencia impide prácticamente su realización legítima. Respecto de sus funciones se ha expresado: "Calificar" una elección es, por lo tanto, apreciar o determinar las calidades de ella y las circunstancias en que se ha realizado, a fin de establecer si se ha seguido fielmente los trámites ordenados por la ley y si el resultado corresponde a la voluntad realmente manifestada por los electores, en una decisión libre y sin coacciones. El Tribunal Calificador ha dicho que es "establecer si la elección se ha verificado en conformidad a las disposiciones que la rigen y así poder declarar, no sólo quienes han resultado elegidos, sino también si lo han sido legítimamente" (sentencia de mayo de 1949, cons. 2 Nulidad Candidatura don Juan Lamatta González), (Silva Bascañán Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, tomo II, página 184). Estos razonamientos expresados a propósito de las funciones del Tribunal Calificador respecto de las elecciones son, en su esencia, igualmente válidos para los actos plebiscitarios (...)."

"(...)" 13°. Que, en otro orden de materias relacionadas con la anterior, también quedan en evidencia las contradicciones que origina la interpretación que se analiza. En efecto, de conformidad con la disposición vigésima séptima transitoria de la Constitución, los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y el Director General de Carabineros titulares, o a falta de unanimidad de ellos el Consejo de Seguridad Nacional integrado, además, por el Contralor General de la República, deberán proponer al país la persona que ocupará el cargo de Presidente de la República en el próximo período presidencial. Tal proposición está sujeta a la ratificación ciudadana para cuyo objeto deberá efectuarse un plebiscito "que se llevará a efecto en la forma que disponga la ley".

Esta "ley" a que alude la disposición citada es, sin lugar a dudas, la ley orgánica constitucional a que se refiere el artículo 18 de la Carta Fundamental, ya que es ella, precisamente, la que debe regular la forma en que se realizarán los procesos plebiscitarios en todo lo no previsto por la Constitución; (...)."

"(...)" 14°. Que la conclusión anterior, que fluye espontáneamente de la debida correspondencia y armonía que debe existir entre los distintos preceptos de la Carta

Concordamos en este sentido con lo apuntado por el profesor José Luis Cea, que refiriéndose a la tarea que emprendió el Tribunal Constitucional durante este periodo (1981-1989), señala:

---

Fundamental, la ratifica el hecho de que ese plebiscito será la expresión de la voluntad del pueblo, quien ejerciendo la soberanía, resuelva sobre el acto político más importante con que se inicia el período en que cobrarán plena vigencia todas las disposiciones permanentes de la Carta Fundamental. En consecuencia, la especial trascendencia de ese acto plebiscitario y la letra y espíritu de la Constitución, confirman plenamente que éste debe ser regulado por las disposiciones permanentes y no por normas especiales que, en un conjunto de disposiciones destinadas sólo al efecto, establezcan tribunales o comisiones ad hoc, para que cumplan las funciones que nuestra Carta Fundamental ha entregado a "un" tribunal determinado.

La interpretación contraria no sólo hiere el espíritu de la Constitución sino, también, el sentido común, que es base de toda interpretación lógica, ya que ella podría importar exponer el plebiscito mismo a un enjuiciamiento de legitimidad con grave perjuicio para el desarrollo normas de la futura institucionalidad; (...).

"(...) 19°. Que una interpretación que conlleve a tal conclusión resulta definitivamente inadmisibile. La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella (...).

"(...) 23°. Que comparados dichos artículos del proyecto con lo preceptuado por la Constitución Política de la República sobre esta materia, el vicio de inconstitucionalidad que los afecta resulta manifiesto. En efecto, las citadas disposiciones del proyecto vulneran la Carta Fundamental, porque postergan la vigencia de la normativa constitucional y legal relativa al Tribunal Calificador de Elecciones, sin excepciones, para la época en que debe realizarse la primera elección de parlamentarios. Ello, no obstante, que esa normativa jurídica deberá estar en vigor, parcialmente, a fin de que el señalado Tribunal conozca de los plebiscitos que deban o puedan realizarse con antelación a dicho acto como así también, si fuera procedente, para ejercer las atribuciones que le confiera la ley orgánica constitucional sobre partidos políticos (...). Ver VALENZUELA SOMARRIVA, EUGENIO. Ob. Cit. Páginas 182 y siguientes.

Como vemos, en este fallo nuevamente el Tribunal Constitucional deja de lado la interpretación literal del texto de la Constitución, para realizar una interpretación, sistemática y finalista, buscando más el "Espíritu de la Constitución" que lo literal de las palabras. Añadido a ello, la importancia que tuvo en el proceso de restauración de la democracia en nuestro país que el plebiscito presidencia de 1988 y el de reforma constitucional de 1989 fuera "calificado" por el Tribunal Calificador de Elecciones, hacen de este fallo una de las piezas jurídicas más importantes y trascendentes que haya dado a luz el Tribunal Constitucional. Un interesante análisis de la importancia de este fallo en la interpretación finalista de la Constitución se puede encontrar en ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO. *"La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Parte General"*. Biblioteca Americana. Universidad Andrés Bello. Santiago año 2002. Páginas 50 y siguientes.

*“(...) En fin, la tarea era delicada ya que el Tribunal tenía que comenzar a consolidar su propia legitimidad, demostrando autonomía e imparcialidad, coraje y prudencia, erudición y conciencia para resolver asuntos complejos, ponderando visionariamente las consecuencias que por la naturaleza de aquellos, a menudo sobrepasan lo jurídico en su acepción estricta (...)”*

*“(...) ...el Tribunal Constitucional, ejerciendo adecuadamente sus atribuciones y aplicando una hermenéutica moderna, defendió la Ley Suprema, incrementó la conciencia constitucional chilena e influyó ostensiblemente en el proceso de restauración de la democracia en nuestra patria (...)”<sup>376</sup>.*

En una Constitución frecuentemente tachada de ilegítima y autoritaria, la labor del Tribunal, a los ojos de una gran mayoría del país, no dejó de ser sino uno de los instrumentos jurídicos sobre los cuales se amparaba el Gobierno de Augusto Pinochet<sup>377</sup>. Ya hemos dicho que no creemos ni compartimos la idea de que haya sido así, pero es importante consignar este hecho, pues atenta contra la **“conciencia constitucional”**<sup>378</sup> de nuestro país en una época

---

<sup>376</sup> CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. En Prólogo a la obra de VALENZUELA SOMARRIVA, EUGENIO. Ob. Cit. Páginas XXIII a XXVI.

<sup>377</sup> En relación con la legitimidad de la Constitución Política de 1980, ver nota al pie número 392 en el Intermezzo de este mismo Capítulo.

<sup>378</sup> Al efecto puede verse CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, *“Influencia del Tribunal Constitucional en el proceso de institucionalización política”*, Revista Chilena de Derecho, Volumen

determinada, donde al igual que en las primeras décadas del siglo XIX, subsistía la idea de la Constitución como trofeo político impuesto por el bando vencedor para perpetuar su obra, en este caso, el régimen del General Augusto Pinochet Ugarte.

#### 4.1.4.4.- Tercera Etapa:

##### **Desde la Reforma Constitucional de 1989 hasta nuestros días.**

Hemos introducido esta tercera etapa en la evolución del Tribunal Constitucional chileno, basándonos para ello en tres antecedentes político-

---

XV, año 1988, que define la “**conciencia constitucional**” como el consenso de una Nación en la legitimidad de su Constitución. El mismo autor, volviendo sobre el tema diez años más tarde, en “El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis crítica”. Editorial Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Valdivia año 1999, página 187, señala:“(…) En efecto, la Carta Fundamental, es bien sabido, debe **ser sentida y vivida como perteneciente a todos** en el Estado-Nación. Infundir realidad a ese postulado es parte esencial de la perdurabilidad de la Constitución. Esta tarea no incumbe sólo al Gobierno ni a la alianza mayoritaria de turno. Podría decirse que el Código Político es suyo, con idéntico significado, tanto para la mayoría dirigente como para la minoría en la oposición, y de modo más general, para la ciudadanía entera. (...) La dignidad de la persona, sus derechos y garantías fundamentales, articulados en la Constitución, son patrimonio de todos, sin excepción, porque trazar distinciones sería incurrir en diferencia arbitraria o discriminación. Defender y promover esos atributos es una obligación común. Ella le incumbe, empero, al tribunal Constitucional, por la trascendencia de sus roles, como preocupación primordial. Así lo ha hecho con éxito y confiamos que seguirá haciéndolo (...)”.

Pero tampoco nos confundamos, conciencia constitucional no puede ni debe significar una conformidad o veneración irrestricta a la Constitución vigente, carente de críticas y proposiciones de cambio. Al contrario, la necesidad de su perfeccionamiento resulta esencial para dar vida día a día a sus postulados y principios. Así no es de extrañar, que la Comisión de Constitución del Senado estudie actualmente y la sala haya aprobado en general la modificación de diez de los catorce capítulos de la Carta Política de 1980 y la reforma, eliminación o sustitución de 43 de sus 120 disposiciones permanentes. Ver apartado 4.2.4, en la Segunda Parte de este mismo Capítulo.

constitucionales que han marcado el curso venidero de nuestra historia reciente: a).- La reforma constitucional de 1989; b).- El inicio de la transición a la Democracia el 11 de marzo de 1990, y c).- La evolución de nuestra cultura institucional de respeto y protección de los Derechos Fundamentales y de afianzamiento de la Democracia.

a).- La Reforma Constitucional de 1989.-

En primer lugar, hemos tomado como referencia la reforma constitucional del 17 de Agosto del año 1989, publicada como ley bajo el número 18.825 y aprobado mediante plebiscito, en elecciones limpias y abiertas, por una abrumadora mayoría ciudadana.

Esta reforma, en lo concerniente al Tribunal Constitucional, reemplazó el número 7º del artículo 82 de la Constitución y derogó el numeral 8º del mismo artículo, modificando las atribuciones del Tribunal Constitucional, en lo relativo a los atentados contra el orden institucional.

De manera que es, a través de la Gran Reforma de 1989, cuando el resto de la ciudadanía, no identificada o abiertamente opositor al gobierno imperante,

puede sentirse parte de una Constitución e, incluso, de una idea de país compartida entre oficialistas y opositores. Será esta Constitución reformada y legitimada socialmente, la que se encargará de regular el nuevo régimen democrático iniciado a partir del 11 de marzo de 1990.

b).- El inicio de la transición a la Democracia el 11 de marzo de 1990.

El segundo antecedente de importancia lo constituye entonces la plena vigencia de la Constitución Política a partir del 11 de marzo de 1990, la instauración de un renovado régimen político y representativo de Gobierno, con pleno respeto a los derechos y garantías individuales y la apertura de un órgano legislativo y ejecutivo, elegido por la ciudadanía en urnas.

Se podrá señalar, sin duda como acierto jurídico, que el Tribunal Constitucional fue tan Tribunal de Derecho antes y después de 1990, y basta para ello la simple lectura de sus fallos recopilados por Eugenio Valenzuela Somarriva<sup>379</sup>, Rafael Larraín Cruz<sup>380</sup> y Patricio Zapata Larraín<sup>381</sup>, entre otros.

---

<sup>379</sup> VALENZUELA SOMARRIVA, EUGENIO. *“Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 11 de Marzo de 1981 – 10 de Marzo de 1989”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1989.



Pero es indudable que es en Democracia donde el Tribunal Constitucional juega el auténtico rol de Guardián de la Constitución. Ya señalamos, al principio de esta memoria, que Constitución, Democracia y Derechos Fundamentales no subsisten independientemente, que están enraizadas y confeccionadas de tal manera que forman parte de una misma concepción de Derecho.

El Tribunal Constitucional está llamado a ser, más que Guardián del Congreso, el órgano jurisdiccional por excelencia, el guardián llamado por el Constituyente a proteger su obra, y consiguientemente, a tutelar los derechos y garantías por él establecidas, asegurando a las personas y los demás órganos del Estado el Derecho a la Tutela Jurisdiccional de la Supremacía Constitucional.

c).- La evolución de nuestra cultura institucional de respeto y protección de los Derechos Fundamentales y de afianzamiento de la Democracia.

El tercer y último antecedente que consideramos decisivo en la evolución del Tribunal Constitucional, tiene que ver con nuestra cultura institucional de respeto y protección de los derechos fundamentales y de afianzamiento de la

---

<sup>380</sup> LARRAÍN CRUZ, RAFAEL. Recopilador. *"Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 23 de Diciembre de 1985 y el 16 de Junio de 1992"*. Ob. Cit.

<sup>381</sup> ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO. *"La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Parte General"*. Biblioteca Americana. Universidad Andrés Bello. Santiago año 2002.

democracia a partir del 11 de Marzo de 1990, lo que ha transformado a la Constitución, más allá de un trofeo político, en un auténtico valuarte de nuestra institucionalidad, de manera tal que la función de protección constitucional adquiere un nuevo impulso, de búsqueda incesante que el nuevo traje sea a la medida del cuerpo nacional, si utilizamos de terminología de Lowenstein.

En ese marco la labor del Tribunal constitucional, es respetada y valorada por el conjunto de la comunidad, transformando a este órgano en una verdadera institución de protección constitucional, y al decir *“institución”* nos basamos en Hauriou, para quién la institución es una idea de obrar en común que perdura jurídicamente en un medio social<sup>382</sup>.

Ya hemos apuntado, en este sentido, la importancia de los fallos del Tribunal Constitucional en aspectos tan decisivos para nuestra Historia como el proceso de restauración de la Democracia<sup>383</sup>, pero también sus fallos han versado sobre otras materias igualmente sensibles para nuestra comunidad nacional, como por ejemplo, sobre la prohibición de colocar carteles en la

---

<sup>382</sup> HAURIU, MAURICE. *“Principios del Derecho Público y Constitucional”*. Editorial Reus. 2° Edición. Madrid 1927. Páginas 83 y siguientes. Citado por VERDUGO MARINCOVICH, MARIO, Y GARCÍA BARZELATO, ANA MARÍA, Manual de Derecho Político. Tomo I. Las Instituciones Políticas. Editorial Jurídica de Chile. 2° Edición. Santiago 1994. Página 37-38.

<sup>383</sup> Ver nota al pie número 376, en este mismo Capítulo, en referencia al **fallo rol 33 de fecha 24 de Septiembre de 1985**, sobre la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Calificador de Elecciones.

carretera<sup>384</sup>; la reprogramación de la deuda subordinada de los Bancos<sup>385</sup>; el aumento extraordinario en un 10% de las pensiones para los afiliados al antiguo sistema previsional, que restituía igual porcentaje que se había descontado a los pensionados durante el gobierno militar<sup>386</sup>; la determinación del momento de

<sup>384</sup> Ver **fallo rol 146 de 21 de Abril del año 1992, sobre la prohibición de colocar carteles, avisos de propaganda o cualquier otra forma de anuncios comerciales en los caminos públicos del país.** El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional del Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas número 357 del año 1992, que prohibía la colocación de carteles, avisos de propaganda o cualquier otra forma de anuncios comerciales en los caminos públicos del país, por infringir los números 21 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de 1980, y específicamente por "(...) imponer limitaciones al ejercicio del derecho de dominio, las que sólo puede establecer al ley y siempre que deriven de su función social (...)" (considerando 20). Ver "*Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 23 de diciembre de 1985 y el 23 de junio de 1992*". Recopilados por LARRAÍN CRUZ, RAFAEL. Ob. Cit. Páginas 490 y siguientes.

<sup>385</sup> Ver **fallo rol 216 de fecha 17 de julio de 1995, sobre la reprogramación de la Deuda Subordinada de los Bancos.** El Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales de los artículos 1º, inciso primero, la frase que dice: "Dicha normativa deberá contar con la opinión favorable del Ministro de Hacienda y el informe previo de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras."; 13º, inciso quinto, la frase que dice: "previos informes del Ministro de Hacienda y de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras."; 16º, inciso primero, la frase que dice: "adoptado con el informe previo del Ministro de Hacienda,;" y Artículo 20, inciso tercero, del proyecto de ley sobre deuda subordinada de los Bancos. Todos ellos pues consideró que la proyecto de ley al ordenar los informes previos del Ministro de Hacienda o de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, para los efectos de las diversas alternativas de reprogramación de la deuda subordinada de los Bancos, se estaría vulnerando la autonomía del Banco Central establecido por el artículo 97 de la Constitución. Ver "*Fallos del Tribunal Constitucional Pronunciados entre el 16 de Julio de 1992 y 22 de Enero de 1996*". Editado por el Tribunal Constitucional. Santiago de Chile 1996. Páginas 346 y siguientes.

<sup>386</sup> Ver **fallo rol 219 de fecha 31 de julio del año 1995, sobre el aumento extraordinario del 10% de las pensiones de los afiliados al antiguo sistema previsional.** El Tribunal Constitucional declaró plenamente constitucional el proyecto de ley sobre aumento extraordinario de un 10% de pensiones, respecto del requerimiento formulado por más de la cuarta parte de los senadores en ejercicio. El requerimiento se formulaban en términos generales, fundado en que se al aumentarse los impuestos sobre el tabaco y la gasolina para financiar el aumento de pensiones, se violaría el principio de la no afectación de los tributos y el de justicia tributaria (artículo 19 nº 20 de la Constitución); se infringiría el derecho a desarrollar una actividad económica lícita pues se impondría un tributo excesivamente desproporcionado (artículo 19º nº 21 y 26 de la Constitución); se vulneraría la igualdad ante la ley pues solamente el aumento se aplicaría a los pensionados del antiguo sistema y no del nuevo sistema de pensiones

la muerte clínica para los efectos de autorizar el trasplante de órganos<sup>387</sup>, entre

(artículo 19 n° 2). Pues bien, el Tribunal Constitucional rechaza todas estas objeciones, en líneas generales, habida cuenta que no existe afección directa entre el aumento de impuesto y el financiamiento del aumento de pensiones, ya que los mayores tributos recaudados entrarán directamente al erario nacional, sin que exista coincidencia total entre lo recaudado y lo gastado (considerando 4°); tampoco existe infracción al principio de justicia tributaria puesto que el aumento de impuestos en ningún caso es confiscatorio (considerandos 8°, 9° y 10°); tampoco constituye una privación del derecho a desarrollar una actividad económica, pues en ningún caso son de tal proporción que impedirían desarrollar la actividad que gravan (considerandos 12°, 13° y 14°); de igual forma no vulnera el principio de igualdad de las personas, pues se aplica el beneficio a pensionados del antiguo sistema de pensiones, el cual es diferente en todos los aspectos al nuevo sistema de pensiones, por lo de aplicarse el mismo beneficio a todos los pensionados se trataría de igual forma a personas que se encuentran en circunstancias desiguales (considerandos 17°, 18°, 19°, 20°, 21°, 22° y 23°). *Ibid.* Páginas 366 y siguientes.

387

Ver **fallo rol 220, de fecha 13 de Agosto de 1995, sobre la ley de trasplantes de órganos**. El Tribunal Constitucional declaró constitucionales las normas contenidas en los artículos 7, 10 y 11 del proyecto de ley sobre trasplante de órganos respecto de un requerimiento interpuesto por más de la cuarta parte de los senadores en ejercicio. Los fundamentos del requerimiento son sintéticamente los siguientes: Se violaría el artículo 7° de la Constitución, pues el Congreso mediante esta ley delegaría a determinados médicos la facultad de declarar la muerte, para los efectos de un trasplante de órgano, respecto de personas que aún podrían estar vivas, lo cual excede sus atribuciones; se violaría igualmente el artículo 19 n° 1, pues se desconocería el derecho a la vida y a su integridad física de la persona del transplantado, pues se declararían su muerte aun cuando siguiera con signos vitales; por último violaría el artículo 19 n° 2, pues no habría igualdad ante la ley de los transplantados respecto de las demás personas, toda vez que la muerte establecida en esta ley solo sería aplicable para los efectos de un trasplante y no para otros efectos, civiles o penales, por lo tanto habría dos tipos de muertes y dos tipos de muertos, con un desigual estatuto legal para ambos casos. El Tribunal Constitucional declaró plenamente constitucionales los preceptos objetados por el requerimiento interpuesto, por las razones consignadas en los siguientes considerandos:

“(…) 12°.- Que corresponde desestimar la inconstitucionalidad que se funda en una supuesta infracción del artículo 7° de la Constitución Política, toda vez que, el proyecto en estudio, al legislar en el sentido de entregar a un grupo de facultativos médicos la determinación del momento de la muerte, no ha transferido ninguna de las facultades propias del Poder Legislativo. Por el contrario, ha dado aplicación al artículo 60, N° 3), de la Constitución que señala que sólo son materias de ley las que son objeto de codificación; en este caso preciso se ha legislado sobre asuntos comprendidos en el Código Sanitario.

Por otra parte, al exigir el proyecto de ley, en su artículo 11, la certificación de la muerte, no hace otra cosa que disponer la forma de acreditar este hecho, cuya ocurrencia es indeterminada, puesto que no se puede saber a priori el momento en que ocurrirá; a lo cual se agrega la circunstancia de que dicha certificación debe ser otorgada por personas expertas en la materia de que se trata, dado que se exige la especialidad acorde con la naturaleza del mal que constatan. Tal consideración está en plena armonía con lo expuesto en los motivos 4° a 10° de este fallo;(…)”.

otros, y recientemente sobre la ratificación del Tratado Internacional que contiene el Estatuto de Roma que establece la creación de la Corte Penal Internacional<sup>388</sup>. En todos ellos, y sin perjuicio de poder tener discrepancias con

---

“(…) 13º.- Que, para entrar al análisis de la presunta infracción a los numerales 1º y 2º del artículo 19 de la Carta Magna, es preciso establecer si el hecho de la "muerte encefálica" corresponde o no al concepto de "muerte real", única, unívoca e inequívoca, es decir, si una persona que ha sido declarada en muerte encefálica está definitivamente muerta, aunque algunos de sus órganos puedan mantenerse en funcionamiento por efecto de medios mecánicos; (...)”.

“(…) 15º.- Que examinados los informes científicos antes señalados y los indicados en lo expositivo se llega a la conclusión de que la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas constituye la muerte real, definitiva, unívoca e inequívoca del ser humano (...)”.

“(…) 16º.- Que en cuanto a la pretendida violación a la garantía de igualdad ante la ley, aquélla no es posible dado que no pueden existir conforme a lo ya considerado en esta sentencia, dos estados de muerte diferentes. En consecuencia, no cabe llegar a otra conclusión que la de desestimar también este motivo de inconstitucionalidad (...)”. Ibid. Páginas 386 y siguientes.

388

Ver **fallo rol 346 de fecha 8 de abril del año 2002**, que cogió la petición de inconstitucionalidad planteada por el requerimiento de 35 diputados, y declara que el Tratado que contiene el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional requiere para su aprobación por el Congreso nacional y su posterior ratificación por el Presidente de la República de una reforma constitucional previa. Los principales argumentos del Tribunal Constitucional se ven resumidos en los siguientes considerandos extractados:

“(…) 31º.- Que de lo expuesto se desprende que el Estatuto de la Corte Penal Internacional, al establecer una jurisdicción correctiva y sustitutiva de las naciones, más que complementar a éstas, prorroga a una jurisdicción nueva, no contemplada en nuestro ordenamiento constitucional, la facultad de abrir procesos penales por delitos cometidos en Chile, lo que importa, por ende, una transferencia de soberanía que, por no estar autorizada en nuestra Carta Política, vulnera en su esencia el artículo 5º, inciso primero, de la Constitución (...)”.

“(…) 58º.- Que, en síntesis, al incorporar al un tribunal de justicia con competencia para resolver conflictos, actualmente sometidos a la jurisdicción chilena, e incluirlo entre las “autoridades que esta Constitución establece”, en concordancia con el artículo 74, ya citado, debe necesariamente ser autorizado por el Constituyente.

En consecuencia, para que la Corte Penal Internacional sea un tribunal establecido para juzgar delitos cometidos en Chile, debe incorporarse al sistema interno mediante una adecuación constitucional (...)”.

“(…) 74º.- Que, en suma, por lo expuesto y analizadas las normas constitucionales pertinentes con un criterio armónico, sistemático y coherente, no es posible sostener que un tratado que verse sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana enmienda la Constitución en lo que sea contraria a ella o tenga igual jerarquía. De este modo, si dicho tratado contiene normas contrarias a la Carta Fundamental, sólo podrá, válidamente, incorporarse al ordenamiento jurídico interno, previa reforma constitucional; (...)”.

“(…) 79º.- Que, los artículos del Estatuto de Roma transcritos en el

algunas de sus decisiones, creemos que el Tribunal Constitucional las más de las veces ha reafirmado el principio de Supremacía Constitucional, el de vinculación directa de la Carta Fundamental y el respeto de los derechos garantizados por la Constitución.

Seguramente se dirá, que falta mucho, para que nuestro Tribunal Constitucional tenga la consolidación jurídico social que tiene la Corte Suprema de Justicia en los Estados Unidos de Norte América, el Parlamento para los ingleses, o el Presidente de la República para nuestro país, pero ellos tiene que ver con un conjunto de reformas pendientes relativas a la composición, potestades, funcionamiento del Tribunal, de los cuales se tratará al final de esta memoria, y que creemos traerán su consolidación definitiva. Pero lo que

---

considerando 77<sup>º</sup> (artículo 17 y 110 del Estatuto de la Corte Penal Internacional), son incompatibles con las normas constitucionales anteriormente citadas (artículos 32 y 60 de la Constitución), toda vez que, de una comparación de los textos transcritos resulta que el Estatuto infringe claras normas constitucionales, pues, en esencia, coarta las atribuciones del Presidente de la República para dictar indultos particulares, e igualmente priva al órgano legislativo de su facultad de dictar leyes sobre indultos generales y amnistías, en relación con los ilícitos contemplados en el artículo 5<sup>º</sup> del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Este quebrantamiento constitucional se produce en razón que la Corte Penal Internacional podría desconocer en sus sentencias indulto o amnistías previamente concedidas por las autoridades nacionales competentes; (...).”

“(...) 91<sup>º</sup>.- Que las innovaciones introducidas por el Estatuto de la Corte Penal Internacional en el ordenamiento jurídico mundial son de tal entidad, que son varios los países, que previa a su aprobación y ratificación han debido reformar sus Constituciones como único medio de superar las incompatibilidades que surgen entre dicho Estatuto y esta últimas. A vía de ejemplo, cabe recordar, entre otros, los siguientes: (...) Francia (...) Portugal (...) Luxemburgo (...) Irlanda (...). Varios otros países no necesitaron modificar sus Constituciones para aprobar la Corte Penal, pues sus textos autorizaban expresamente la transferencia de soberanía en estas materias, pudiendo señalarse, a vía de ejemplo, las de Argentina, Austria, Holanda e Italia; (...)” (lo escrito entre paréntesis es nuestro). Ver “*Jurisprudencia Constitucional. Sentencias pronunciadas entre 1998 y 2002. Roles n<sup>º</sup> 281-346*”. Tomo V. Editado por el Tribunal Constitucional. Santiago abril de 2002. Páginas 509 y siguientes.

queremos subrayar es simplemente que hoy el Tribunal Constitucional se erige como una institución fundamental del engranaje jurídico-social chileno, necesario en el presente e imprescindible en el futuro.

**(\*) INTERMEZZO:****CRÍTICA Y DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1980.**

En los componentes musicales de una ópera, el *intermezzo* o entreacto es una pieza orquestal que une dos actos de la ópera, o bien, dos escenas de la misma, constituyendo un número independiente donde la música tiene relación temática con la escena que la precede o con la que antecede.

Esta denominación operística la creemos adecuada para tratar en este momento nuestra crítica y defensa de la Constitución de 1980. Ya hemos visto la evolución histórica de la justicia constitucional y nos disponemos en las páginas que seguirán a estas líneas analizar el panorama actual de ella en nuestro país.

Los antecedentes y génesis de la Constitución de 1980 son suficientemente conocidos<sup>389</sup>. Elaborada por una comisión

---

<sup>389</sup>

Un detalle exhaustivo de los antecedentes y génesis de la Constitución de 1980, puede verse en SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO. Ob. Cit. Tomo III. “*La Constitución de 1980. Antecedentes y génesis*”. Páginas 164 y siguientes.



integrada por personas de la exclusiva confianza del régimen militar instaurado a partir del 11 de septiembre de 1973<sup>390</sup>. El proyecto fue luego revisado por el Consejo de Estado, órgano también de confianza del régimen y presidido por el ex presidente de la República Jorge Alessandri Rodríguez, modificado y aprobado por la junta de Gobierno –que reunía sobre sí los poderes constituyente, legislativo y ejecutivo– para ser sometido más tarde a una dudosa y no transparente ratificación plebiscitaria el 11 de Septiembre de 1980<sup>391</sup>.

---

<sup>390</sup> Nos referimos a la Comisión Ortúzar, llamada así por su presidente don Enrique Ortúzar Escobar, e integrada, además, e inicialmente por Sergio Diez Urzúa, Jaime Guzmán Errázuriz y Jorge Ovalle Quiroz, junto a don Enrique Evans de La Cuadra, don Gustavo Lorca y don Alejandro Silva Bascuñan. Por ser opositores al gobierno militar renunciaron los profesores Silva Bascuñan y Ovalle Quiroz, incorporándose más tarde doña Luz Bulnes Aldunate, don Raúl Beltersen Repetto y Juan de Dios Carmona Peralta.

<sup>391</sup> Sobre la legitimidad de la Constitución de 1980, y en especial, su rechazo al estudio del método histórico de establecimiento de la norma constitucional, el profesor Fernando Atria señala: “(...) Una constitución, democráticamente concebida, representa el consenso de una nación en torno de ciertos principios fundamentales para que rijan su vida pública. Las condiciones en las cuales se redactó, plebiscitó y aprobó la Constitución de 1980 son suficientemente conocidas. Si bien ya nadie discute la legitimidad de tal texto, adquirida *después* de su promulgación (a través de la negociación política que llevó a las reformas de 1989), el hecho que las personas que integraron la Comisión Ortúzar no fueran elegidas de un modo democrático (es decir, su ilegitimidad de origen), a mi juicio impide recurrir a ellas buscando el *espíritu del legislador* (del constituyente en este caso). Si se acepta la tesis contraria, una opinión de los comisionados, que ni entonces ni hoy es (fue) representativa de los miembros de la sociedad chilena, podría imponerse a éstos, lo cual a mi juicio desnaturaliza la función propiamente política de una Constitución (...)”. ATRIA, FERNANDO. “*Los peligros de la Constitución*”. Cuadernos de análisis jurídico N° 36. Serie seminarios. Publicación de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales. Diciembre de 1997. Página 19.

La Constitución de 1980 empezó a regir el 11 de Marzo del año 1981 y, entre sus disposiciones permanentes, estableció un presidencialismo autoritario, no democrático, con claras exclusiones ideológicas y cuyo contrapeso no se encuentra en el Congreso Nacional, sino en el Consejo de Seguridad Nacional y en las Fuerzas Armadas. El primero de ellos, integrado mayoritariamente por miembros activos de las F. F. A. A., tiene la facultad de representar, a cualquier autoridad establecida por la Constitución, su opinión sobre algún hecho o materia, que a su juicio atente gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pueda comprometer la seguridad nacional. El Consejo de Seguridad Nacional, además, designa a 4 senadores y 2 miembros del Tribunal Constitucional.

Las Fuerzas Armadas, por su parte, se erigen en la Carta de 1980, como “garantes de la institucionalidad” y cuyos comandantes en jefe gozan de inamovilidad temporal.

El Congreso Nacional, en tanto, se encuentra debilitado en su organización, atribuciones y privilegios. No es un hecho menor en el diseño del nuevo parlamento que 9 de sus 35 senadores sean designados y no elegidos por la ciudadanía en votación

popular; que el Presidente de la República tenga la facultad para disolver la Cámara de Diputados; que las facultades de legislar y fiscalizar están severamente restringidas y que la inviolabilidad parlamentaria sólo sea contemplada en las sesiones de sala y comités.

Por si esto no fuera poco, el Presidente de la República tiene un veto total y el Congreso nacional para insistir necesitaba de las  $\frac{3}{4}$  partes de los miembros de cada cámara. En la práctica, al Presidente de la República, le bastaba para imponer su voluntad, contar con los votos de los senadores designados para rechazar toda reforma constitucional, y por último, si el Congreso insistía, todavía le otorgaba una válvula de escape, para imponer su parecer, convocando a referéndum.

Por último, y dado el rígido procedimiento para reformar la Constitución, hacen de la Constitución de 1980, al decir del Ex Ministro de Justicia, Francisco Cumplido, “un verdadero ‘cerrojo constitucional’, destinado a proteger el presidencialismo autoritario y evitar cualquier reforma constitucional”<sup>392</sup>.

---

<sup>392</sup>

CUMPLIDO, FRANCISCO. *“Los enclaves autoritarios en la Constitución chilena de 1980 y sus efectos en el régimen político”*. En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Konrad Adenauer Stiftung. CIEDLA. Edición 2000. Buenos Aires año

Con el paso de los años, la oposición democrática al gobierno militar, agrupada en torno a la Alianza Democrática, asumió como agotadas los medios de protesta e intentos de derribar en las calles al régimen imperante, siendo necesaria una salida político constitucional negociada, para bien o para mal, en el marco de la Constitución vigente<sup>393</sup>.

De este modo cumpliendo con el itinerario establecido por el constituyente de 1980, Pinochet y su régimen fueron derrotados en el Plebiscito del 5 de Octubre del año 1988, lo que dio nuevos bríos a una reforma constitucional, acordada entre Renovación Nacional, el Gobierno y la triunfante Concertación de Partidos por la Democracia<sup>394</sup>, la que fue aprobada en plebiscito el 30 de Julio del año 1989 por el 85,7% de los votos emitidos.

---

2000. página 321.

<sup>393</sup> Ilustrativo de los que venimos diciendo, es la intervención en el Instituto Chileno de Estudios Humanísticos del Ex Senador, y a partir de 1990 Presidente de la República, Patricio Aylwin Azocar, quién señala: "(...) yo soy de los que consideran ilegítima la Constitución de 1980. pero así como exijo que se respete mi opinión, respeto a los que opinan de otro modo. Ni yo puedo pretender que el General Pinochet reconozca que su Constitución es ilegítima, ni él puede exigirme que yo la reconozca como legítima. La única ventaja que él tiene sobre mí, a este respecto, es que esa Constitución –me guste o no– está vigente. Este es un hecho que forma parte de la realidad y que yo acato. ¿Cómo superar este impasse sin que nadie sufra humillación? Solo hay una manera: eludir deliberadamente el tema de la legitimidad (...)". ALWIN AZOCAR, PATRICIO. Citado por GODOY A. ÓSCAR. "La transición chilena a la democracia pactada". En Revista de Estudios Públicos número 74. Editado por el Centro de Estudios Públicos. Santiago Otoño 1999. Página 90.

<sup>394</sup> Un interesante análisis de la transición y las negociaciones que llevaron a la Reforma Constitucional de 1989, puede verse en GODOY A. ÓSCAR. Ob. Cit. Páginas 79 y

Dentro de las reformas más importantes introducidas el año 1989. está la incorporación de la oración final del inciso 2° del artículo 5° que estableció como deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, reconocidos por la Constitución y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados y vigentes; la derogación del artículo 8°, al que hicimos referencia anteriormente; la suspensión de la Facultad del Presidente de la República de disolver la Cámara de Diputados; se aumentó el número de Senadores elegidos desde 26 a 38, quedando el Senado con 47 miembros, de bajó el quórum de aprobación de las leyes orgánica constitucionales y las de quórum calificado; se modifica la integración del Consejo de Seguridad Nacional, al agregarse entre sus miembros el Contralor General de la República, obligar que sus acuerdos se adopten por mayoría absoluta y, por último, suprimir la facultad de representar, permitiendo sólo “hacer presente” al Presidente de la República, al Congreso y al Tribunal Constitucional su opinión frente a algún

---

siguientes. Significativo en el análisis de este cientista político, es el rol atribuido al Tribunal Constitucional, quien señala: “(...) Un hito, en este periodo, fue la decisión autónoma del Tribunal Constitucional que determinó que el plebiscito presidencial de 1988 deberá someterse a la ley general de elecciones. De no mediar esta sentencia, dicho plebiscito no habría dado garantías a la oposición y habría sido un plebiscito análogo al de 1980. la sentencia fue redactada por Eugenio Valenzuela y significó un paso decisivo en la transición (...)”. Ob. Cit. Página 92.

hecho, acto o materia, que a su juicio, atente gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o que pueda comprometer la seguridad nacional.

Existe coincidencia en que a través de la reforma de 1989, que la ciudadanía legitimó la Constitución de 1980, y permitió la transición política en Chile<sup>395</sup>.

No obstante, subsiste hoy día la necesidad de reformar la Constitución en aras de una Constitución auténticamente democrática, especialmente un grupo de temas que nuestra doctrina denomina “*enclaves autoritarios*”<sup>396</sup>. No es entendible que

---

<sup>395</sup> Así puede verse en LOVEMAN, BRIAN y LIRA, ELIZABETH. “*Las ardientes cenizas del olvido: Vía chilena de Reconciliación Política. 1932-1994*”. Editado por LOM Ediciones. 1° Edición. Santiago Junio del año 2000. Página 493. También ver GODOY A, OSCAR. Ob. Cit. Páginas 103.

<sup>396</sup> En su estudio ya citado, don Francisco Cumplido Cereceda, señala “(...) después de las modificaciones constitucionales introducidas a la Constitución originaria de 1980, hay acuerdo en que los “enclaves autoritarios” que perviven son los siguientes: la existencia de los senadores designados y de los senadores vitalicios; la inamovilidad de los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y del Director General de Carabineros, durante los cuatro años de su designación, salvo que sean removidos por el Presidente de la República con autorización del Consejo de Seguridad nacional; la integración y atribuciones del Tribunal Constitucional, en que existen dos ministros designados por el Consejo de Seguridad nacional y tres ministros de la Corte Suprema elegidos por ella en votaciones sucesivas (y secretas), y sólo un ministro nombrado por el Presidente de la República u otro por el Senado. A todo ello hay que agregar que el sistema electoral para la elección de diputados y senadores es, como hemos expresado anteriormente, binominal arbitrario, porque se eligen dos parlamentarios por distrito o circunscripción electoral y para obtener los dos asientos en necesario doblar en votos a la lista que siga en mayoría (...)”. CUMPLIDO CERECEDA, FRANCISCO. Ob. Cit. Página 323. Lo escrito entre paréntesis es nuestro.

las fuerzas armadas continúen siendo los garantes de la institucionalidad (artículo 90 de la Constitución); que el Consejo de Seguridad nacional pueda todavía hacer presente su opinión ante algunos hechos o actos del Presidente de la República, el Congreso nacional o el Tribunal Constitucional (artículo 97 de la Constitución). Si creemos y queremos que el Tribunal Constitucional sea un auténtico Guardián de la Constitución, ¿por qué, entonces, sus actos pueden ser siquiera objeto de reproches u observaciones por un órgano del Estado como el Consejo de Seguridad Nacional?; que subsistan los senadores designados y vitalicios; que se encuentre limitada la participación popular por medio de plebiscitos y referéndum, entre otras muchas materias, cuyo estudio no es, por cierto, el objeto de esta memoria<sup>397</sup>.

Así las cosas, aspiramos a un perfeccionamiento constitucional que sea capaz de establecer una Democracia plena y participativa pero no compartimos la idea de suprimir la Constitución vigente. Queremos defender aquello sustantivo de la Constitución de 1980 que refuerzan e incorporan en nuestro

---

<sup>397</sup>

Digamos que actualmente existe en tramitación un proyecto de reforma constitucional, que ya fue aprobado por la Comisión de Constitución del Senado, en el se pretende modificar diez de los catorce capítulos de la carta Política de 1980 y reforma, elimina o substituye 43 de sus 120 disposiciones permanentes. Respecto de estas reformas nos referimos con mayor detalle en el apartado 4.2.4 en la Segunda Parte de este mismo Capítulo.

medio los principios del constitucionalismo, tales como el reconocimiento de la dignidad y los derechos esenciales de la persona, así como las garantías que permiten una mayor eficacia de los mismos; las finalidades y cometidos del Estado, etc.

Esta rica concepción valórica recoge, en la mayoría de los casos, la evolución de los derechos fundamentales, el rol del Estado y la libre iniciativa privada, refuerzan la idea de isonomía o igualdad, prohibiéndose las discriminaciones arbitrarias. Dicha concepción, se ve reforzada por medio de acciones y recursos constitucionales, como el recurso de protección de los derechos individuales y la acción y recurso de amparo, sobre las cuales dedicaremos algunas reflexiones más adelante.



## SEGUNDA PARTE.

### 4.2.- PANORAMA ACTUAL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN CHILE.

#### 4.2.1.- De la Tutela Jurisdiccional de la Supremacía Constitucional en la Constitución Política de 1980.

Que la norma constitucional es hoy día cierre y cúspide del ordenamiento jurídico, sobre la cual se estructura todo el engranaje jurídico-institucional del país, es un principio sobre el cual están contestes la unanimidad de la doctrina nacional y extranjera. Así, además, lo consigna la propia Constitución, la cual en el artículo 6º señala que las normas allí contenidas obligan a toda persona, institución, o grupo, debiendo someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Así lo entendió tempranamente el Tribunal Constitucional el cual en uno de sus fallos señaló:

*“(...) el artículo 6º de la Constitución (...) en sus incisos 1º y 2º consagra principios vitales en los cuales descansa la nueva*

*institucionalidad, como lo son: el de la "supremacía constitucional" sobre todas las otras normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento positivo y el de la "vinculación directa" de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, siendo, por ende, tales preceptos obligatorios, tanto para los gobernantes como para los gobernados. De allí que primero se establezca que "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella". Y, acto seguido, se agregue que "Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares e integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo" (...).*<sup>398</sup>

De esta forma el Tribunal Constitucional, cuanto Juez Constitucional, y sin olvidar la labor que realiza la Corte Suprema, se erige a sí mismo como

---

<sup>398</sup>

Considerando 10° de **fallo rol 19 de fecha 27 de Octubre del año 1983** del Tribunal Constitucional (SIC. Lo destacado es nuestro), pronunciada en el requerimiento contra el Ministro del Interior Sergio Onofre Jarpa Reyes, en virtud del número 10 del artículo 82 de la Constitución del año 1980, fundado en el llamado público que habría hecho el requerido a la comunidad nacional en formar guardias civiles para sustituir la fuerza pública, los que se transformarían en grupos armados que, con la excusa de defenderse, dispararían en contra de manifestantes desarmados y pacíficos. El Tribunal en definitiva rechaza el requerimiento, pero en lo que nos interesa sienta el Principio de Supremacía Constitucional y Vinculación Directa. Ver VALENZUELA SOMARRIVA, EUGENIO. Ob. Cit. Página 5 y siguientes.

En este mismo sentido, el mismo Tribunal Constitucional, en su **fallo rol 46 de fecha 21 de Diciembre de 1987**, considerando 21 señala: "(...) 21°. Que estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución (...)". Ver LARRAÍN CRUZ, RAFAEL. Recopilador. Ob. Cit. Página 72.

**Guardián de la Supremacía Constitucional**, la cual considera como su misión fundamental<sup>399</sup>, e **Intérprete Supremo de la Carta Fundamental**<sup>400</sup>.

<sup>399</sup> A modo de ejemplo, entre otros, el Tribunal Constitucional ha reafirmado su misión primordial de velar por la supremacía constitucional en los siguientes fallos:

1°.- **Fallo rol 62 de fecha 9 de enero de 1989**, que se pronuncia sobre la constitucionalidad del proyecto de ley que dispone adecuación del Poder Judicial a la regionalización del país y fija territorios jurisdiccionales de los tribunales y demás servicios judiciales. Voto de disidencia, numeral 7°:

“(…) Que, a juicio del disidente, la doctrina que se deriva del fallo desvirtúa la misión primordial del Tribunal Constitucional, cual es **velar por la supremacía constitucional en nuestro sistema jurídico**, ya que no obstante la inconstitucionalidad de una norma se permite que ella se incorpore al ordenamiento positivo infringiendo aquel fundamental principio de supremacía constitucional que este Tribunal está llamado a custodiar (…)

”, de. Ver LARRAÍN CRUZ, RAFAEL, Ob. Cit. Página 174.

2°.- **Fallo rol 78, de fecha 20 de Septiembre de 1989**, sobre el proyecto de ley orgánica constitucional del Banco Central, considerando 11°:

“(…) Que tanto el gobierno como la administración del Estado que corresponden al Presidente de la República, debe ejercerlos dentro del marco de la Constitución y de la ley, por lo que queda sujeto a la fiscalización y control de otros órganos del Estado y a las limitaciones que la Carta Fundamental establece.

No es, pues, soberano para ejercer el gobierno y la administración del Estado. Está sometido a mecanismos de fiscalización y control de carácter administrativo, que ejerce la Contraloría General de la República, encargada de velar por la legalidad de los actos de la administración; de carácter político, que corresponde a la Cámara de Diputados en el ejercicio de su función fiscalizadora; y de carácter jurisdiccional, que ejercen los tribunales ordinarios de justicia, no sólo cuando conocen del recurso de protección destinado a preservar determinadas garantías constitucionales, sino, también, -de acuerdo a la modificación que se introdujo al artículo 38 de la Carta- del reclamo de toda persona que se considere lesionada en sus derechos por la Administración del Estado; y finalmente, al Tribunal Constitucional, **en cuanto está encargado de velar por la supremacía constitucional en los términos que lo consagra la Constitución (…)**”. Ver LARRAÍN CRUZ, RAFAEL, Ob. Cit. Página 210.

3°.- **Fallo rol 116, de fecha 27 de Diciembre de 1990**, que rechaza el requerimiento presentado para declarar inconstitucional algunos artículos del Decreto Supremo N° 140 de 1990, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial de fecha 22 de octubre de 1990, que reglamenta los programas de viviendas progresivas, considerandos 6° y 9°:

“(…) 6°. Que esta atribución de conocer los reclamos que otorga la Carta Fundamental al Tribunal Constitucional en el caso que el Presidente de la República dicte un decreto inconstitucional, no puede quedar subordinada a que la Contraloría General de la República curse sin observaciones un decreto supremo, pues del contexto armónico de las disposiciones del artículo 82 de la

Constitución Política se desprende en forma inequívoca que el Tribunal Constitucional tiene supremacía constitucional sobre esta materia.

Que la supremacía del Tribunal Constitucional sobre lo que resuelva la Contraloría General de la República se concluye y comprueba fehacientemente entre otras disposiciones con lo que prescribe el N° 3° del artículo 82 de la Constitución Política en relación con el inciso séptimo del mismo artículo (...).

"(...) Este mismo concepto de la supremacía del Tribunal Constitucional se repite en el número 6° del artículo 82 de la Constitución Política en relación al artículo 88 de la misma (...).

"(...) 9°. Que a mayor abundamiento este Tribunal tiene presente lo expuesto por el ex Presidente de él, señor Israel Bórquez Montero (...) al analizar la facultad del Tribunal Constitucional para declarar un decreto supremo inconstitucional, sostuvo lo que sigue:

"Si se tratare de un decreto que el Tribunal declare inconstitucional, dicho decreto quedará sin efecto de pleno derecho, sólo con el mérito de la sentencia que así lo resuelva.

"Por último, es importante destacar que la nueva Constitución amplió considerablemente la competencia del Tribunal en estas materias, con respecto a la que le otorgaba la Carta de 1925, ya que incluyó como norma que puede ser objeto tanto de control preventivo como represivo, los decretos que el Presidente de la República dicte en el ejercicio de su Potestad Reglamentaria. La innovación es profunda, pues ahora corresponde también al Tribunal, velar por la supremacía normativa de la Constitución sobre los actos propios del Poder Ejecutivo en la forma que hemos comentado." (...). Ver LARRAÍN CRUZ, RAFAEL, Ob. Cit. Páginas 355 y siguientes.

400

Ya señalamos en el Capítulo pasado que una de las misiones del Juez Constitucional, es el de ser el **supremo interprete de la norma constitucional**. En esta materia el Tribunal Constitucional ha dado a luz una rica jurisprudencia sobre interpretación constitucional, en la que, en primer término, no hace aplicables a la hermenéutica constitucional las normas del Código Civil de sus artículos 19 y siguientes, desarrollando jurisprudencialmente tres criterios de interpretación constitucional, que sucintamente apuntamos a continuación:

### 1°.- Interpretación literal del texto constitucional.-

El "Literalismo" consiste en identificar el tenor literal de las palabras del texto de la norma con el sentido de la misma. Con este criterio, se intenta seguir estrictamente los términos usados por el Constituyente, y salirse del texto solo implica desconocer su potestad y competencia para dictar normas constitucionales. Además, se privilegia la estabilidad y seguridad en la interpretación de la norma constitucional, pues el juez, cuanto intérprete, no podría usar valoraciones subjetivas que significarían a la postre fallos contradictorios por interpretaciones disímiles de la misma norma.

Por cierto que las principales críticas a este criterio de interpretación constitucional apuntan a que, por seguir estrictamente el tenor literal, se desconoce el carácter político, histórico y cultural de la Constitución. Además, el literalismo no resuelve la determinación de los preceptos generales, muy comunes en un Constitución, que necesariamente deben ser determinados por el interprete mediante el uso de elementos tales como la finalidad, el contexto o la historia.

Este criterio ha sido usado por el Tribunal Constitucional en algunos fallos, a saber: fallo rol 67, de fecha 12 de Mayo de 1989, considerando 5°, ver LARRAÍN CRUZ,

RAFAEL, Ob. Cit. Páginas 184 y siguientes; fallo rol 80, de fecha 22 de Septiembre de 1989, considerando 13, *ibid*, página 236. También se hace referencia explícita a la interpretación de acuerdo con el tenor literal del texto en los fallos rol 39, de fecha 12 de Octubre de 1986, considerando 16, *ibid*, página 24; rol 43, de fecha 24 de Febrero de 1987, considerandos 4°, 5°, 7°, 28 y 29, *ibid*, páginas 34 y siguientes; rol 52, 29 de Enero de 1988, considerando 6°, *ibid*, página 126, sin embargo, en todos ellos, el Tribunal Constitucional prefiere, por sobre el tenor literal, la interpretación sistemática y armónica de la norma constitucional.

### **2°.- Interpretación original del texto constitucional.-**

El “originalismo”, por su parte, como criterio interpretativo, identifica el sentido y alcance de la norma con la voluntad o intención del Constituyente. La voluntad del Constituyente por regla general se verá plasmada con claridad en el texto de la norma constitucional, por lo que se debe seguir estrictamente, en ese caso, el tenor literal de las palabras usadas por el Constituyente. En el caso que la norma sea poco clara, el originalismo plantea para interpretar la norma, buscar la intención original del Constituyente.

Las críticas a este criterio de interpretación se agrupan en dos ámbitos, uno práctico y otro teórico. Desde el punto de vista práctico el gran defecto del originalismo es la imposibilidad de conocer a ciencia cierta la voluntad del Constituyente, pues en algunos casos es desconocida (no existen actas oficiales) y en otros, simplemente no hay “una” sola voluntad coherente, por las discrepancias y diferencias que siempre existen entre los redactores de la Carta Fundamental. Por otro lado, desde el punto de vista teórico, el originalismo simplemente “congela” el sentido de las normas constitucionales al significado que el Constituyente le dio al texto de la Constitución al momento de su redacción, impidiendo el desarrollo de la Carta Fundamental de acuerdo con los cambios sociales y con el crecimiento de los valores que inspiran la comunidad nacional.

Recoge el originalismo, en todo caso, fallo rol 24, de fecha 4 de Diciembre de 1984, ver ZAPATA LARAAÍN, PATRICIO. Ob. Cit. Páginas 45 y siguientes.

### **3°.- Interpretación sistémica y finalista del texto constitucional.-**

El criterio sistémico y finalista, sin duda, es el que en definitiva se ha impuesto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El criterio sistémico o armónico importa determinar el sentido de la norma constitucional mediante el análisis del contexto en el cual se encuentra inserto la norma, considerando a la Constitución como un cuerpo armónico, en la que cada una de sus partes tiene una debida correspondencia con las otras. Ahora bien, el estudio del contexto permite descubrir el rol o finalidad que la norma constitucional tiene dentro del sistema constitucional, de esta forma, es la finalidad de la norma la que determina su sentido, más allá del tenor literal del texto y de la intención que pudo tener el constituyente en su redacción. Este es el criterio de interpretación llamado “finalista”. Sin perjuicio de que cada norma por separado podría tener su propio fin, no se puede interpretar una norma aislada con prescindencia del resto de la Constitución, así que el finalismo, unido con el criterio sistémico, no hace otra cosa que determinar el sentido de una norma, en virtud del fin común que inspira a toda la Constitución, lo que podríamos llamar el “espíritu de la Constitución”, que no sería otro que el resguardo de los derechos fundamentales de la persona. Con meridiana claridad se puede observar que con el criterio sistémico, y especialmente con el finalista, se logra dar a la Constitución una interpretación coherente, en la que todas

Esta concepción de primacía o supremacía constitucional, como quiera llamársele, arranca de la doble función que esta llamada a cumplir la Constitución: ser Ley Suprema, obligatoria para gobernantes y gobernados; y ser, además, pacto político, síntesis normativa de la dinámica política, social y económica de un pueblo llamada a regular con eficacia y justicia la convivencia social de manera perdurable en el tiempo<sup>401</sup>, y cuya misión fundamental es

---

sus normas tienen una debida armonía y correspondencia.

Una multiplicidad de fallos sientan este criterio interpretativo, entre ellos destacan los siguientes: **Fallo rol 33 de fecha 24 de Septiembre de 1985**, que se pronunció sobre el proyecto de ley orgánica constitucional sobre el Tribunal Calificador de Elecciones. Ya hemos tenido oportunidad para comentar la importancia de este fallo (ver nota al pie número 376 en la Primera Parte de este Capítulo), remitiéndonos a lo ahí expuesto, solamente nos queda apuntar que en esta sentencia el Tribunal Constitucional sienta con bastante fuerza el criterio sistémico y finalista de hermenéutica constitucional al determinar que, por sobre el mero texto expreso de la Carta Fundamental, se impone el “Espíritu de la Constitución”. Ver VALENZUELA SOMARRIVA, EUGENIO. Ob. Cit. Páginas 182 y siguientes, también ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO. “*La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Parte General*”. Biblioteca Americana. Universidad Andrés Bello. Santiago año 2002. Páginas 50 y siguientes. **Fallo rol 36, de fecha 21 de Abril de 1986**, considerando 11, ver LARRAÍN CRUZ, RAFAEL. Recopilador. Ob. Cit. Página 11. **Fallo rol 46, de fecha 21 de Diciembre de 1987**, considerandos 13 a 24, 27 y 40, *ibid*, páginas 70 y siguientes. **Fallo rol 52, de fecha 29 de Enero de 1988**, considerandos 5 y 6, *ibid*, página 125. **Fallo rol 53, de fecha 5 de Abril de 1988**, considerandos 18, 26, 27, 29 a 35, 38 y 66, *ibid*, páginas 132 y siguientes. **Fallo rol 115, de fecha 13 de Diciembre de 1990**, considerando 7 letra a) y 15, *ibid*, páginas 340 y siguientes.

Para un estudio más profundo de interpretación constitucional ver ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO. Ob. Cit. Páginas 21 y siguientes.

<sup>401</sup>

Sin embargo, consideramos todavía demasiado optimista la visión del Profesor CUEVAS FARZEN, GUSTAVO, expresada en el artículo de fecha 13 de Marzo del año 2001 en el Diario El Mercurio de Santiago, Página 2 del cuerpo A, titulado “Constitución de 1980”, en el cual señala que “(...) es igualmente posible sostener que la Constitución de 1980 pertenece al reducido y selecto grupo de aquellas Constituciones que Karl Loewestein, un prestigioso politólogo norteamericano, denomina como plenamente “normativas”, es decir, leyes fundamentales que imponen sus valores a la vida colectiva, rigiendo efectivamente su desenvolvimiento institucional, social y económico. Este es un mérito no menor de la Carta Política vigente habida cuenta de la alcurnia democrática de los Estados en donde se encuentran estas escasas Constituciones normativas (Estados Unidos, Inglaterra, Francia, Alemania y algunos posos más), mérito éste que no disminuye debido a los reparos que con relación al contenido de determinadas normas de la Ley Fundamental formulan hoy ciertos partidos o dirigentes políticos (...)”. Concordamos, no obstante con lo expresado en el punto 3 y 4 del mismo

promover el bien común, protegiendo los derechos fundamentales de las personas, la familia y los grupos intermedios de la sociedad.

La Constitución de 1980 no es una Constitución neutra<sup>402</sup>, y hoy por hoy, ninguna Constitución en el mundo puede serlo. Toda Constitución, como manifestación del consenso o pacto social, se basa en el reconocimiento de derechos inalienables, anteriores y superiores al Estado. No otro sentido puede tener, el inciso segundo, primera parte, del artículo 5º de la Constitución, el cual reconoce como límite al ejercicio de la soberanía “el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

La cuestión, a nuestro juicio, es determinar si la Supremacía Constitucional, que es a la vez, un corolario del sistema constitucional y un derecho fundamental que la Constitución reconoce y asegura a todas las personas, si es deber de los órganos del Estado someter su acción a la Constitución y las normas dictadas conforme a ella, nos parece razonable y concluyente que a su vez un derecho fundamental de las personas la tutela de la supremacía constitucional; dicho de otra manera, el Derecho a vivir en un

---

artículo.

<sup>402</sup> En este mismo sentido el Tribunal Constitucional ha fallado que “(...) el artículo 1º de la Carta Fundamental es de un profundo y rico contenido doctrinario, que refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional (...)”. Ver VALENZUELA SOMARRIVA, EUGENIO. Ob. Cit. Página 2.

Estado de Derecho, un Estado de Derecho Democrático, con pleno respeto a la libertad e igualdad que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres<sup>403</sup>.

Pero la cuestión no se agota en la simple comprobación de un derecho a la tutela de la Supremacía Constitucional, sino requiere, además, la existencia de garantías que hagan efectiva dicha tutela. Si dichas garantías no son más, ni tampoco menos, que “las acciones y recursos procesales, cuya eficaz deducción, decisión y cumplimiento por la magistratura, en virtud de su poder de Imperio, permiten que cobren tanta seguridad como realidad la Declaración de Derechos y Deberes Fundamentales”<sup>404</sup>, hablamos entonces, de un derecho a la tutela jurisdiccional de la Supremacía Constitucional, en la medida que son órganos que ejercen la función jurisdiccional los llamados por la Constitución, a tutelar y hacer efectiva la supremacía constitucional<sup>405</sup>.

---

<sup>403</sup> LUCAS VERDUGO, propone magistralmente la fórmula para determinar cuando nos encontramos frente a un Estado de Derecho. Este autor señala: “(...) cuando un Estado configura jurídicamente la organización y ejercicio del poder político, de manera que los individuos y sus grupos están protegidos por la existencia previa de normas e instituciones jurídicas, garantizadoras de sus derechos y libertades; cuando la autoridad estatal se somete a normas e instituciones jurídicas sin más excepciones que las exigidas por el bien común, entonces nos encontramos ante un Estado de Derecho (...)”. LUCAS VERDUGO, PABLO. “Curso de Derecho Político”. Tomo II. Editorial Tecnos. Madrid año 1981. Página 237.

<sup>404</sup> CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. “Dignidad, Derechos y Garantías en el Régimen Constitucional Chileno”. Estudio introductorio en PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS. “Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales”. Colección de Estudios Número 5. Corporación nacional de Reparación y Reconciliación. Santiago 1995. Página 17.

<sup>405</sup> En artículo de opinión publicado en El Mercurio de Santiago, pagina A-2, con fecha 28 de enero de 2001, el abogado LETELIER WARTENBERG, RAÚL, señala que la supremacía constitucional y más específicamente la determinación de si una disposición normativa es o no contraria a un derecho constitucional es “un ejercicio eminentemente político”, por lo que su determinación debe hacerla o realizarse dentro



El conjunto de acciones y recursos constitucionales contemplados por la Constitución de 1980, confirman esta afirmación. Así, nuestra Carta Fundamental contempla la Acción Constitucional de Nulidad de Derecho Público en su artículo 7<sup>406</sup>; la acción de reclamación por pérdida o privación de

---

del poder legislativo. Creemos que la evolución de la justicia constitucional tanto en el extranjero como en nuestro país, son suficiente respuesta a esta decimonónica propuesta, ajena por completo a la realidad constitucional actual. Una magnífica respuesta a este autor, puede verse en el mismo diario, página A-2, de 9 de febrero de 2001, por parte del ex Ministro del Tribunal Constitucional don Manuel Jiménez Bulnes.

406

La **Teoría de una Nulidad de Derecho Público**, distinta e independiente a las nulidades del derecho civil privado, ha tenido a partir de la segunda mitad del siglo XX una abundante y no pacífica elaboración teórica, donde destacan los aportes de don **Mario Bernaschina**, don **Eduardo Soto Kloss** y don **Jorge Reyes Riveros**, entre otros, la mayoría de los cuales, parten descartando la inexistencia jurídica, como sanción de ineficacia, en el ámbito del derecho público chileno. Creemos que la Acción Constitucional de Nulidad de Derecho Público, no es sino uno más de los tantos medios que franquea la constitución a las personas para hacer efectiva la supremacía constitucional, por lo que su referencia es plenamente necesaria. La podemos definir, además, como la **sanción de ineficacia jurídica que afecta la validez de los actos de los órganos de la Administración del Estado, por cualquiera de las infracciones al artículo 7 de la Constitución Política del Estado** y no sólo de su inciso segundo, como ha sido la interpretación jurisprudencial.

Concebida como "**pedra angular**" de nuestro Derecho Público, sus antecedentes los encontramos en los artículos **159** y **160** de la **Constitución de 1833**, los artículos **4** y **23** de la **Carta de 1925** y en los artículos **6** y **7** del **texto constitucional de 1980**.

La doctrina publicista y la jurisprudencia de nuestras cortes superiores de justicia, en su gran mayoría, han considerado que esta nulidad - cuyo conocimiento y fallo corresponde a los tribunales ordinarios de justicia, y más específicamente al juez de letras en lo civil competente, -por las características que presenta (**nulidad ipso iure, insanable, irrenunciable e imprescriptible**) y por el modo como está concebida en el ordenamiento básico de nuestra institucionalidad, opera de pleno derecho, de modo que solicitada al tribunal, éste, al asentar los elementos de hecho que representan una invasión de potestades, no tiene otra función que reafirmarla, constatando su existencia, y siendo así, no puede aplicársele las normas generales del Derecho Privado. Así lo ha sostenido nuestro máximo tribunal en las causas "**Bussi con Fisco**", "**Lazo con Fisco**", "**Pesca Chile S.A. con Subsecretaría de Pesca**", "**Aedo Alarcón con Fisco**", entre otros. Este último fallo, de 7 de noviembre de 2000, declaró, sin embargo, que las acciones reivindicatorias e indemnizatorias derivadas de la acción de nulidad de derecho público, al ser de evidente contenido patrimonial, se sujetan al Derecho Común, y son por tanto, prescriptibles y renunciabiles.

No compartimos, en todo caso, la interpretación del profesor Soto Kloss, en orden a que a través de la acción de nulidad de derecho público se puedan atacar todos los actos emanados de los órganos del Estado y dentro de ellos las leyes aprobadas por el Congreso Nacional. Eso sería introducir un modelo difuso de control de

la nacionalidad en su artículo 12; la acción declarativa de error judicial en su artículo 19 número 7, letra y; la acción constitucional de protección en su artículo 20; la acción y el recurso de amparo, en su artículo 21, el recurso de amparo económico, establecido por la ley 18.971 con relación al numeral 21 del artículo 19 de la Constitución; la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que contempla el artículo 80; el control obligatorio y las cuestiones de constitucionalidad entregado al Tribunal Constitucional, y acciones de control de constitucionalidad sobre la potestad reglamentaria que ejerce tanto la Contraloría General de la República como el Tribunal Constitucional.

En el ámbito legal, por su parte, la tutela jurisdiccional de la supremacía constitucional se manifiesta en instituciones como el recurso de casación, tanto en la forma como en el fondo, entregando a la Corte Suprema y Corte de Apelaciones el proceso de los casos, y que hacer efectivos los derechos de igualdad ante la justicia y debido proceso e igualdad en la ley, que contemplan los numerales 3 y 2 del artículo 19 respectivamente, así como el conjunto de

---

constitucionalidad, semejante el modelo norteamericano, que no es viable en nuestro medio. Ello explica porque nuestra definición solo contempla como impugnables vía acción de nulidad únicamente los actos de la administración del Estado, y no los actos emanados del Poder Legislativo o Judicial, por lo que esta acción de nulidad la creemos restringida al ámbito del Derecho Administrativo y no del Derecho Público en general. Compartimos en este punto, la posición del profesor Reyes Riveros. De ahí, por cierto, que su apasionante estudio no sea un tema de esta memoria.

normas sobre nulidades procesales contenidas en los Códigos de Procedimiento Civil y Penal<sup>407</sup>.

Así las cosas, el derecho a la Tutela Jurisdiccional de la Supremacía Constitucional se ejerce a través de los órganos que ejercen jurisdicción en nuestro país y no únicamente el Poder Judicial. Así también el Tribunal Constitucional (artículo 82 de la Constitución), magistraturas electorales (artículos 84 y 85), la Contraloría General de la República (artículo 88), y el Senado en los casos previstos en el artículo 49, numerales 1, 2 y 3.

Indudablemente el desafío mayor de nuestra cultura jurídica, es que este derecho a la Tutela Jurisdiccional pueda ser ejercido en su totalidad no solo por algunos órganos del Estado, sino que por toda persona, institución o grupo, lo que no acaece tratándose por ejemplo del Tribunal Constitucional ni la Contraloría General de la República<sup>408 409</sup>.

---

<sup>407</sup> Un interesante estudio al respecto pueden verse en COLOMBO CAMPELL, JUAN, “*Los Actos Procesales*”. Ob. Cit. Páginas 417 y siguientes. El profesor Colombo ha señalado que la nulidad procesal se presenta “(...) como el instrumento que permite restablecer el imperio de las garantías constitucionales y la vigencia real del derecho cuando en el proceso se han cometido vicios o infracciones que violentan la igualdad ante la ley o desequilibren la igual protección en el ejercicio de sus derechos (...)” y, además, señala que “(...) El artículo 19 número 3 de nuestra Constitución consagra las garantías del debido proceso. la ley procesal desarrolla la Garantía Constitucional al establecer los procedimientos y señalan las reglas de competencia. En los primeros se consagra el principio de la bilateralidad y en las reglas orgánicas el de la radicación, destinado a proporcionar certeza al tribunal competente al fijar sus competencias específicas, protegiéndose además los intereses de las partes a través de las sanciones de nulidad por ultra o extra petita (...)”.

<sup>408</sup> Siguiendo al Profesor Carlos Peña González, podemos señalar que “(...) a diferencia de

Indudablemente la Justicia Constitucional no se agota en la mera existencia de un Estado de Derecho, sino que afianza la legitimidad del sistema político-institucional en una sociedad abierta y democrática. Así, el panorama actual de la Justicia Constitucional en Chile depende, en gran parte, de la valoración del sistema político-institucional que podamos formular. Por mucho que las normas constitucionales trasuntan un thelos garantista de los derechos fundamentales, nuestras prácticas judiciales han mostrado un tibio esfuerzo garantista. Así parece, que al igual que el personaje Scarpia en la Opera Tosca, conviven en nuestra cultura jurídica, virtudes conservadoras y prácticas libertinas, lo que traducido a términos jurídicos, viene a ser la conveniencia de la necesidad de protección de los derechos fundamentales y una práctica reticente al autodenominado “activismo judicial”.

---

lo que ocurre en Austria, Alemania, España, Bélgica, Checoslovaquia, y Guatemala, el chileno es un sistema de protección de los derechos humanos de carácter híbrido, por cuanto no existe la posibilidad de que los particulares ocurran al Tribunal Constitucional solicitando la impugnación por inconstitucionalidad de un acto legislativo, o administrativo que conculque algunos de sus derechos garantizados por la Constitución. En vez de eso, entrega a la jurisdicción ordinaria (Corte de Apelaciones) por vía del recurso de protección (art.20) la facultad los que interpongan los afectados. Además, y como es sabido, no se permite la interposición de este recurso respecto de sentencias judiciales, ni se puede promover, como es el caso de Honduras y Nicaragua, la declaración de inconstitucionalidad de una ley que lesione un derecho fundamental. Queda abierta la cuestión de si puede recurrirse de protección contra aquellos actos del Congreso que no sean de carácter legislativo, como aquellos que conoce el Senado en su calidad de jurado (art. 49, N° 1)". PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS. Ob. Cit. Página 186.

<sup>409</sup> Con claridad el profesor Cea Egaña ha señalado que "(...) la posibilidad de que la población tenga acceso amplio, claro, inmediato y directo al Tribunal Constitucional, mediante u recurso que se llama de amparo en el caso español, podría llevar a una legitimidad ciudadana grande de la Magistratura, haciendo sentir día a día la trascendencia nacional de sus sentencias (...)". CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. Ponencia "Reforma y Defensa del Tribunal Constitucional", editada en la obra colectiva "La Constitución ante la Reforma". Ob. Cit. Página 129.

Fuera de la encomiable labor del Tribunal Constitucional que hemos reseñado en las páginas anteriores, nuestro Poder Judicial, en general no ha estado a la altura de las circunstancias y de las necesidades de una ciudadanía que adquiere una conciencia constitucional y una movilidad social crítica respecto de las instituciones de la rigen<sup>410</sup>, pues parafraseando al filósofo español Ortega y Gasset, podemos decir, que una institución es ella y sus circunstancias, y que han sido las circunstancias que a dichas instituciones les ha tocado enfrentar las que han dañado considerablemente su legitimidad ciudadana. No es de extrañar, entonces, que tristemente, nuestro Poder Judicial, ostente los peores niveles de credibilidad y confianza en la ciudadanía según dan cuenta las encuestas de opinión pública tan comunes en nuestro medio.

---

<sup>410</sup> Sobre la movilidad crítica de la Sociedad civil, GIDDENS, ANTHONY nos señala, "(...) la confianza disminuida en los políticos y otros grupos de autoridad es considerada, en ocasiones, como indicador de apatía social general. Como ya se ha dicho, no lo es – quizá lo contrario-. Una sociedad crecientemente reflexiva es también una sociedad caracterizada por altos niveles de autoorganización. Investigaciones en Estados Unidos, el Reino Unido y otros lugares parecen mostrar una esfera civil floreciente, al menos en algunas áreas y contexto (...)". En obra *"La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia"*. Editorial Taurus. 1ª Edición Argentina Junio del año 2002, página 97.

#### **4.2.2.- Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las leyes y de la estabilidad del sistema institucional.**

##### **4.2.2.1.- Planteamiento del tema.**

Siendo esta función la primera en el desarrollo histórico de la Justicia Constitucional, conviene detenerse en ella, pues como se ha venido reseñando por ya extensos pasajes de esta monografía el estudio de la justicia constitucional arranca primeramente de la pugna federal-estadual y de poder constituyente-poder legislativo.

Hemos excluido de esta memoria de título el estudio de la Acción Constitucional de Nulidad de Derecho Público, por las razones ya dadas en este capítulo, y nos remitimos a ella<sup>411</sup>.

Así las cosas, y entendiendo el control jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley como un modelo concentrado con dualidad de judicatura, corresponde, entonces, basar nuestro análisis tanto la Acción de Inaplicabilidad entregada a la Corte Suprema de Justicia como el control preventivo de constitucionalidad de la ley por parte del Tribunal Constitucional.

---

<sup>411</sup> Ver nota al pie número 407 en este mismo Capítulo.

Hacemos presente, sin embargo, que por razones metodológicas y con el objeto de dar una mirada integral a las atribuciones del Tribunal Constitucional, se reseñarán la totalidad de atribuciones que contempla el artículo 82 de nuestra constitución, insistiendo, nuevamente, en la finalidad metodológica de esta ordenación.

#### **4.2.2.2.- La Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad.**

##### **4.2.2.2.1.- Características Generales.-**

Anteriormente tratamos los antecedentes históricos de la Acción de Inaplicabilidad, haciendo un paralelo entre la normativa del artículo 86 inciso 2º de la carta de 1925 y el actual artículo 80 del texto constitucional que nos rige a partir del 11 de marzo de 1981. Nos corresponde, ahora, analizar, sus características:

- a).- No es propiamente un recurso, sino una acción constitucional, dado que no tiene por objeto impugnar resoluciones judiciales, sino sustraer por inconstitucional para ese caso una norma legal, la que no podrá ser aplicada<sup>412</sup>.

---

<sup>412</sup> Al respecto, en un artículo publicado en la revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Central, número 1º Enero a Junio 1991, página 143, titulada “*La supremacía constitucional y su control: el caso chileno*”, el profesor PFEFFER

- b).- Es un control de constitucionalidad judicial y a posteriori o ex-post.
- c).- Es una facultad privativa de la Corte Suprema<sup>413</sup>. Lo anterior es discutible al tenor de los artículos 6° y 7° de la Constitución Política del año 1980, al contemplar la llamada acción constitucional de Nulidad de Derecho Público, cuyo conocimiento y fallo se encuentra entregado a los jueces de instancia y al principio de vinculación directa de la norma constitucional, pues los preceptos de la constitución obligan tanto a los - órganos del Estado, como a toda persona, institución o grupo.
- d).- La declaración de inaplicabilidad por inconstitucional puede efectuarse de oficio por la Corte Suprema en las materias que conozca o a petición de parte cuando el conocimiento del asunto esté radicado en este tribunal. En el primer caso ello implica simplemente una facultad que el propio ordenamiento constitucional le entrega a nuestro máximo tribunal, que

---

URQUIAGA, EMILIO sostiene que se trata de un recurso cuando se solicita a la Corte Suprema que se deje de aplicar una norma legal en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal. El mismo autor sostiene junto a MARIO VERDUGO M. en "*Derecho Constitucional*". Ob. Cit. Página 225, que no se trata de un recurso judicial sino que mas bien una *excepción de inconstitucionalidad* "(...) toda vez que quien la interpone trata por esa vía de defenderse a la aplicación del precepto que estima inconstitucional (...)". No compartimos ninguna de estas dos posiciones.

<sup>413</sup> Sobre este punto, la Corte Suprema en fallo de fecha 23 de Octubre del año 1975 ha señalado que no está permitido a los jueces prescindir de una norma legal so pretexto que ella sea contraria a algún mandato constitucional en tanto la Corte Suprema no haya decidido la cuestión de ilegalidad constitucional respectiva. "*Repertorio de Legislación y Jurisprudencia de la Constitución Política del año 1980*". Editorial Jurídica de Chile. 14 ° Edición. Santiago 1993. Página 211.



ejerce exclusiva y excluyentemente<sup>414</sup>. En la segunda hipótesis estamos obviamente ante una acción constitucional<sup>415</sup>.

- e).- La Corte Suprema puede declarar inaplicable un precepto legal, cualquiera sea la forma y naturaleza del negocio que esté conociendo, sea en uso de las facultades jurisdiccionales, económicas o disciplinarias.
- f).- No existe un plazo para solicitar la declaración de inaplicabilidad sino que es preciso la existencia de una gestión pendiente ante otro tribunal o ante la misma Corte Suprema, de manera que ejecutoriada que se encuentre

---

<sup>414</sup> Tal posibilidad la creemos restringida solo a los casos en que la Corte Suprema conozca en pleno alguna de las materias que establece el artículo 96 del Código Orgánico de Tribunales. La solución es discutible, pero coherente con la estructura de nuestro máximo tribunal.

<sup>415</sup> Por "*cualquier otro tribunal*" entendemos cualquier órgano que forme parte o no del Poder Judicial y que ejerza funciones jurisdiccionales, con la excepción del Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los Tribunales Militares en tiempos de guerra. Lo anterior queda claro del texto del artículo 79 de la Constitución Política de la República y del artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales. Ahora bien, esto no nos debe confundir, pues aun cuando creemos que el Senado ejerce como tribunal la facultad de decidir la acusación constitucional formulada por la Cámara de Diputados conforme a lo dispuesto en el artículo 48 letra B del texto constitucional en contra de las autoridades que dicha norma señala, la Corte Suprema no se encuentra facultada para declarar inaplicable un precepto legal determinado que trate el procedimiento de dicha institución, pues la Corte Suprema carece de toda facultad de intervenir en la materia. No ocurre lo mismo, si el órgano administrativo ejerce jurisdicción, como el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, la Comisión Antimonopolio del D.L. 211 o la Dirección General de Aduanas, cuyas resoluciones son impugnables ante la Corte de Apelaciones o Corte Suprema según los casos.

una sentencia que ponga término al juicio o gestión que se trate, no procede la utilización de la acción constitucional en comento<sup>416</sup>.

- g).- La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad procede contra todo “*precepto legal*” contrario a la Constitución. la expresión “*precepto legal*” utilizado por el constituyente incluye no solo a la ley en sentido estricto (leyes orgánicas constitucionales, leyes de quórum calificado y leyes simples u ordinarias), sino también los Decretos con Fuerza de Ley, Decretos Leyes, Tratados internacionales<sup>417</sup>, y los decretos que fijan textos refundidos de cuerpos legales<sup>418</sup>. Concordamos con el Profesor Cea Egaña que bajo esta expresión deberían quedar comprendidos la norma dictadas en el ejercicio de la Potestad Reglamentaria Autónoma o Extendida del Presidente de la República, pues dichas normas son

---

<sup>416</sup> Así se pronuncia VERDUGO MARINCOVICH, MARIO y PFEFFER URQUIAGA, en Ob. Cit. Página 224, también ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO, en “*Acciones y Recursos constitucionales*”, apuntes de clases para el curso de especialización de Quinto año de la Carrera de Derecho “Derecho Procesal Constitucional”, Central de Apuntes, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago año 1998. Inédito. Página 10. Así también fallo de la Corte Suprema de fecha 23 de Diciembre del año 1987, en causa rol 11.621, que señala: “(...) En este caso la petición que se entabla no puede ser acogida, si se considera, además, que se la ejercido el recuso de inaplicabilidad para una actuación judicial de un juicio terminado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada de la interposición del recurso y en actuación de cumplimiento del fallo (...)”, declarando inadmisibile el recurso.

<sup>417</sup> La jerarquía de los tratados internacionales no es un tema pacífico en nuestra legislación y será de un estudio más profundo más adelante.

<sup>418</sup> La inclusión de los decretos que fijan el texto refundido de cuerpos legales dentro del concepto de “preceptos legales” es más aparente que real, pues la gran mayoría de ellos son en verdad Decretos con Fuerza de Ley.

verdaderos preceptos legales<sup>419</sup>. Lamentablemente, sin embargo, creemos que tal posibilidad está excluida a partir del texto expreso y claro del artículo 80.

- h).- Es conocida y resuelta por el Pleno de la Corte Suprema y no en Salas. Así lo establece el artículo 96 número 1 del Código Orgánico de Tribunales y el Auto Acordado del año 1932, lo cual pretende uniformar la jurisprudencia y evitar decisiones contradictorias, pues ellos vulnera abiertamente la igualdad ante la ley que garantiza a toda persona el artículo 19 número 2 de la Constitución Política de la República<sup>420</sup>.

<sup>419</sup> CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. “Constitución de 1980”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1981, Página 81.

<sup>420</sup> La realidad del recurso, sin embargo, a demostrado que **dicha uniformidad en la práctica no ha existido**.

Así, por ejemplo, mediante sentencia de fecha 16 de septiembre del año 1992, se declaró inaplicable por inconstitucional los artículos 559 inciso 2° y 561 del Código Civil, cuyos considerandos vale la pena citar:

“(…) 22°.- ... juzgar si una asociación es de las prohibidas por la Constitución - esto es, contraria a la moral, al orden público o a la seguridad del Estado - es un acto jurisdiccional que incube a los Tribunales. Así lo manifestó expresamente la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución al declarar aprobado el tantas veces citado artículo 19 número 15 de la Constitución en estos términos (...)”.

“(…) 22°.- ... tal es materia jurisdiccional, de la competencia de los Tribunales estándole vedado, por consiguiente, al Presidente de la República, o al Ministro de Justicia por sí o por orden del Presidente de la República, atribuirse competencia en materia sin conculcar el imperativo mandato del artículo 7° de la Constitución Política (...)”.

“(…) 24°.- ... en efecto, dentro de la doctrina y de nuestro Derecho, la disolución de una persona jurídica, por ser contraria a la moral, al orden público o a la seguridad del Estado (...) es una controversia, desde que se está privando por ella a una asociación nada menos que del derecho a ser persona jurídica, genera una causa o pleito sobre el derecho a ser persona jurídica, controversia que importa conocer de una causa, facultad que, como se ha anotado, el artículo 73 de la Constitución Política prescribe que pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley (...)”.

“(…) 28°.- Los artículos 559 y 561 del Código Civil - en sus partes indicadas (559, inciso segundo, y todo el 561) - son asimismo inconstitucionales pues al facultar al

Presidente de la República para declarar disuelta una persona jurídica, disponer de sus propiedades y señalar los objetos en que ellos deben emplearse vulneran tanto el artículo 19 número 3 incisos 4° y 5° de la Carta Fundamental (...) Del claro tenor literal y sentidos de los citados preceptos del Código Civil aparece que se otorgan al Presidente de la República las facultades primeramente señaladas a despecho de que no es un tribunal señalado por la ley, y de que para disolver una persona jurídica, disponer de sus propiedades y señalar los objetos en que ellas deben emplearse no se contempla (...) un proceso previo legalmente tramitado, sin que hayan existido las garantías de un racional y justo procedimiento, como imperativamente lo exige la Constitución, y no ha podido menos que exigirlo, toda vez que esas garantías atañen a valores que son consustanciales a la libertad de asociación libertad que tiene como elemento integrante y realizador de ella, la personalidad jurídica (...)."

"(...) 46°.- El poder sancionatorio de que está investida la Administración Pública es sólo de orden legal sin que exista ningún precepto constitucional que se lo otorgue, y, en caso alguno, puede atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, "la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado" que "pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley". Todo acto en contravención a la exclusividad de esta facultad consagrada (...) en el artículo 73 de la Constitución Política, es nulo. Así lo dispone otro de sus preceptos - el artículo 7° - constitutivo, como aquél, de las bases de la institucionalidad chilena. Las potestades generales y especiales que los artículos 24 y 32 de la Carta Fundamental otorgan al Presidente de la República no confieren - ni pueden conferir - una facultad jurisdiccional que lo invista de poder para cancelar una personalidad jurídica o disolver una corporación, las que, por la naturaleza jurisdiccional de ésta, no se comprenden entre las facultades de gobierno y administración del Poder Ejecutivo, que deben ejercerse de acuerdo con la Constitución y las leyes, como manda el citado artículo 24 del Código Político Nacional (...). (Extracto de los considerandos 21°, 22°, 24°, 28° y 46° de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema con fecha 16 de Septiembre del año 1992, reproducida en *Gaceta Jurídica* número 147. Septiembre 1992. Páginas 34 y siguientes).

Pero pocos años más tarde en otro proceso, los mismos artículos del Código Civil y respecto del mismo caso, fueron declarados plenamente constitucionales, siendo los argumentos de la Corte Suprema totalmente contrarios a los ya citados, tal como constan en los considerandos que pasamos a reproducir:

"(...) 12°.- Al disponer el artículo 559 del Código Civil que la autoridad que legitimó la existencia de una corporación, queda facultada para disolverla en los casos que allí señala, no está contrariando la garantía individual, que consagra el artículo 19 N° 15 inciso 4° de la Carta, ya que éste se refiere a la libertad de asociarse sin permiso previo, estableciendo las causales que impiden el nacimiento de una asociación o su subsistencia como tal, en cambio aquél precepto trata de la pérdida de los atributos correspondientes a una persona jurídica, capaz de ejercer derechos, contraer obligaciones civiles, y ser representada judicialmente y extrajudicialmente cuando después de constituida la corporación, ha llegado a comprometer la seguridad o los intereses del Estado o cuando no corresponda al objeto de su institución, materia que ese mismo artículo 15, en su inciso 2° deja entregada a la ley.

Tampoco lesiona la protección que el Estado presta a los grupos intermedios a través del enunciado que contiene el artículo 1°, inciso 3° de la Ley Fundamental, ya que como se desprende del señalado artículo 19 N° 15 inciso cuarto, tal protección dura mientras tales grupos no atenten contra el ordenamiento jurídico, ocasión en que, tratándose de corporaciones privadas, debe intervenir el Presidente de la República de acuerdo con aquella norma del Código Civil poniendo fin a su personalidad jurídica (...)."

- i).- Los efectos de la declaración de inaplicabilidad son relativos, solo aprovechan o perjudican a las partes o interesados que intervienen en la gestión particular de que se trata y consiste, en la práctica, en dejar de aplicar la norma afectada por la declaración de inconstitucionalidad a ese caso en particular, con lo que dicha ley continúa plenamente vigente<sup>421</sup>.
- j).- La declaración de inaplicabilidad está vedada a la Corte Suprema cuando ese precepto legal ha sido declarado constitucional por el Tribunal

---

“(…) 13°.- Que consecuentemente, mientras cumple las funciones que le entrega dicho artículo 559, el Presidente de la República no ejercita tareas jurisdiccionales y por lo tanto no afecta ni invade con ello la competencia de los órganos del Poder Judicial señalada en el artículo 73 de la Ley Fundamental, ni atropella la garantía del artículo 19 N° 3, incisos 4° y 5° que se refieren a las comisiones especiales ya que sólo limita a imponer una sanción de orden administrativo satisfaciendo además en esa forma, las obligaciones que tiene como administrador superior del Estado, conforme al artículo 24 de la Constitución (...)”.

“(…) 15°.- Que por lo tanto, el Presidente de la República al cumplir con el mandato que le confiere el artículo 559 inciso segundo cuestionado, no hace más que sujetar su conducta, con estrictez, a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, que son las que le fijaron un marco de acción en este tipo de asuntos, con lo cual se cumple la voluntad del constituyente vertida en el artículo 6 y en el artículo 7 de la Carta (...)”.

Lo llamativo en estas dos sentencias constitucionales de inaplicabilidad, es que en ambas acciones la recurrente era la misma persona, la Sociedad benefactora y Educacional Dignidad y por los mismos hechos, esto es, el decreto supremo que canceló su personalidad jurídica, y sin embargo la misma Corte Suprema dicta fallos diametralmente opuestos.

<sup>421</sup> Tales efectos son repudiados y debieran tener un pronto remedio por el constituyente. Durante la discusión de la actual carta del año 1980, se planteó la posibilidad que mediante tres fallos sucesivos y uniformes que declararan la inaplicabilidad de un precepto legal, dicho precepto quedara expulsado de nuestro ordenamiento jurídico. Tal propuesta, desgraciadamente, no prosperó. Ver, además, ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *“Acciones y Recursos Constitucionales”*. Ob. Cit. Página 126. En el mismo sentido RUBANO LAPASTA, MARIELA. Ob. Cit. Página 107 y siguientes.

Constitucional, conforme lo dispone el artículo 83 inciso final de la Constitución Política de la República<sup>422</sup>.

#### **4.2.2.2.2.- Dos problemas en torno a la Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad.-**

a).- Planteamiento del problema.-

Dos comentarios adicionales con relación a las características y connotaciones de la acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad.

De la revisión de la jurisprudencia de la Corte Suprema, la doctrina se ha preocupado, con razón, de dos tópicos particularmente ilustrativos de la institución en análisis y que muestran que la inaplicabilidad no ha sido un traje a la medida de nuestro máximo tribunal. El primer tópico dice relación con la negativa de la Corte Suprema a acoger la inaplicabilidad por razones de inconstitucionalidad de forma o de procedimiento en la tramitación legislativa o elaboración de la ley. El segundo con la distinción entre la derogación tácita y la inaplicabilidad.

---

<sup>422</sup>

Consideramos adecuada dicha norma y concordamos además con la interpretación efectuada por la Corte Suprema, quien ha declarado que tal limitación solo rige cuando el Tribunal Constitucional se ha pronunciado específicamente sobre el precepto legal impugnado y no cuando ha procedido al control preventivo general de una ley.

## b).- La Inconstitucionalidad de Forma y de Fondo.-

En relación con la inconstitucionalidad de forma se ha afirmado por la Corte Suprema que “el recurso de inconstitucionalidad que consagra la Constitución Política resguarda la constitucionalidad del fondo de las leyes, no lo de forma, pues la última mira a la formación de la ley en términos que si ésta no se genera, no es ley; no es la existencia de cuerpos legales lo que el recurso ampara, sino su constitucionalidad para evitar que los preceptos debidamente generados y promulgados como ley, contravengan los preceptos normativos, los derechos que concede y las garantías que otorga la Carta Fundamental”<sup>423</sup>, posición que mantiene la Corte Suprema hasta nuestros días<sup>424</sup>.

Dicha posición no la compartimos en modo alguno. Donde el constituyente no distingue no es lícito al interprete distinguir.

Tampoco es aceptable, la argumentación de la Corte en orden a que la

---

<sup>423</sup> Fallo de la Corte Suprema de fecha 6 de Diciembre del año 1950, citado por ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO, en “*Derecho Procesal Constitucional*”. Ob. Cit. Página 234.

<sup>424</sup> Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que este recurso resguarda la constitucionalidad de fondo de las leyes, no la de forma, pues la última mira a la formación de la ley en términos que si ésta no se genera no es ley; no es la existencia de cuerpos legales lo que el recurso ampara, sino su constitucionalidad para evitar que las percepciones debidamente generadas y promulgadas como ley, contraerán los principios normativos, los derechos que concede y las garantías que otorga la Carta Fundamental. Ver sentencias de la Corte Suprema citadas respecto del artículo 80 de la Constitución en el *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*. Editorial Jurídica de Chile. 1° edición. Santiago 1993. Número 5. Páginas 215 y siguientes.

actual carta fundamental entrega el control preventivo de la constitucionalidad de las leyes al Tribunal Constitucional, dado que dicho órgano solo actúa de oficio tratándose de proyectos de Ley Orgánica Constitucional e interpretativas de la Constitución y solo a requerimiento de parte en los demás casos de manera que es una norma que tramitada como ley pura y simple y debió ser tramitada como orgánica constitucional no es admisible sostener que dicha ley pasó el colador del control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional, sin que pueda ser objeto de una revisión represiva alguna.

c).- El problema de la derogación tácita u orgánica y la inconstitucionalidad sobreviniente.-

El segundo tópico de especial discusión en la doctrina y en la jurisprudencia nacional dice relación con la artificial y errada dicotomía entre derogación tácita e inaplicabilidad, esto es, si nos encontramos ante un precepto legal inconstitucional pero que entró en vigencia con anterioridad a la Constitución ¿estamos en presencia de un problema de una derogación tácita por parte de la Constitución a las normas de rango inferior anteriores, o bien, estamos frente a un problema de inconstitucionalidad sobreviniente?<sup>425</sup>.

---

<sup>425</sup>

Al respecto ver fallos contradictorios sobre la materia dictados por la Corte Suprema de Justicia dictados con fecha 16 de Enero del año 1987, 23 de Diciembre del año 1987 y 28 de Enero del año 1992, de los cuales reproducimos algunos considerandos:

1.- Fallo de fecha 16 de Enero del año 1987, considerandos 3 y 4:



“( ... ) 3°.- Que para pronunciarse sobre la cuestión que se somete a la decisión de este Tribunal a fojas 1 - la contradicción que existe entre los artículos 30 y 5° del Decreto Ley número 249 de 1974 y el artículo 19 número 24 de la Constitución Política de la República - debe tenerse presente que para ello se propone confrontar una norma legal vigente con anterioridad a la citada Carta Fundamental precisamente con esta última;

4°.- Que por lo dicho en el motivo que procede ha de concluirse que la petición formulada a fojas 1 por el recurrente escapa a la órbita propia del recurso de inaplicabilidad, porque lo que realmente plantea es un problema de derogación de una ley común anterior por la Constitución Política posterior, esto es, una cuestión de supervivencia de la ley que corresponde resolver a los jueces de la instancia; (...).”

2.- Fallo de fecha 23 de Diciembre de 1987, considerando 2°:

“( ... ) 2°) Que el fundamento de la opinión del señor Fiscal (en el sentido que debe rechazarse el recurso pues se trata de un caso de derogación tácita y no de inconstitucionalidad) no puede ser aceptado porque en este recurso no ha sido planteado el problema de la supervivencia de la ley, sino el de la inaplicabilidad para el caso concreto de que se trata, por encontrarse en pugna con determinados preceptos de la Carta Fundamental. Y, menos ha podido proponerlo, ni lo ha propuesto el recurrente de inaplicabilidad, porque el solo hecho de interponer el recurso demuestra que duda de la vigencia de la ley, pero como estima que la norma vigente se encuentra en pugna con la Constitución Política, acciona mediante este recurso para que esta norma vigente y superviviente no se aplique al caso particular objeto del proceso. En lo demás, el actor se desentiende de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la misma, y de la vigencia de ella; (...).” (SIC) (lo puesto entre paréntesis es nuestro).

3.- Fallo de fecha 28 de Enero del año 1992, considerandos 2°, 3° y 4°:

“( ... ) 2°.- Que si bien la norma recién citada transcrita rige con anterioridad a la vigencia de la actual Constitución Política ello no obsta a que esta Corte se pronuncie sobre la cuestión de inaplicabilidad propuesta. En efecto, y contrariamente a lo que opina el Ministerio Público en su dictamen de fojas 158, diversas razones apoyan tal predicamento y así se puso ya de manifiesto en sentencia última sobre esta misma materia.

En primer lugar, si los jueces de la instancia pueden decidir en el sentido que la Constitución ha derogado alguna ley común con tanta mayor razón puede hacerlo esta Corte Suprema, que se halla en la cúspide de la escala jerárquica del Órgano Jurisdiccional y a quien el artículo 80 de la Carta Política le entrega precisamente esta facultad, sin hacer diferencia, entre leyes anteriores o posteriores a ese ordenamiento. Así, pues, donde la ley no distingue, no es lícito el interprete distinguir.

3°.- Que lo esencial para que esta Corte pueda pronunciarse sobre la inaplicabilidad de una ley radica en la condición de que ésta y la Carta Fundamental se hallen vigentes, como ocurre en la especie. Este ha sido el criterio de la Corte Suprema últimamente, concordando con el predicamento que sostuvo durante el imperio de la Constitución de 1925 cuando abordó a través de este recurso la posible inconstitucionalidad de las leyes dictadas durante la vigencia de la Constitución de 1833.

4°.- Que además, dentro de la hipótesis del señor Fiscal, quedarían muchos conflictos sin resolverse ante la imposibilidad en que se encontrarían los jueces frente, por ejemplo, a leyes que contengan normas especiales que estuviesen en pugna con

La historia del establecimiento del artículo 86 de la Constitución de 1925 ha ayudado a tal equivocación, pues como nos recuerda Zúñiga, siguiendo a Bertelsen Repetto, “(...) La acción de inaplicabilidad de las leyes fue incorporada en el texto de anteproyecto de Constitución Política en la Subcomisión de Reforma por insinuación del comisionado Luis Barros Borgoño, para quien la Corte Suprema o un Tribunal Constitucional especial deberá determinar **si las leyes que en lo sucesivo se dicten**, van o no contra los principios constitucionales (...)”<sup>426</sup>.

Don Jorge Precht Pizarro<sup>427</sup>, extrayendo del análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema en fallos de 16 de Septiembre del año 1991, 28 de Enero y

---

disposiciones orgánicas generales contenidas en una Constitución posterior. En tal eventualidad y dado que, de acuerdo con principios comúnmente aceptados, la norma genérica no deroga por lo regular, de un modo tácito a la norma especial dictada precedentemente, el magistrado se vería obligado a aplicar ésta que mantendría una ultra actividad substancialmente contraria a un regla o precepto de superior rango, y asu vez le estaría vedado a la Corte Suprema a hacer respetar la supremacía de la Constitución en conformidad con lo estatuido, justamente, por la Carta Fundamental.

De ahí que tanto desde el punto de vista jurídico estricto, como por ineludibles razones de conveniencia institucional, es preferible que sea la Corte Suprema y no la judicatura de la instancia, la que resuelva en asunto de tanta trascendencia como es la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley (...).”

<sup>426</sup> ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. “*Acciones y Recursos Constitucionales*”. Op. Cit. Página 160. Lo destacado es nuestro.

<sup>427</sup> PRECHT PIZARRO, JORGE. “*Derogación tácita e inaplicabilidad: Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile (1987-1995)*”. Ponencia en “*La Jurisdicción Chilena ante la Reforma*”, GASTÓN GÓMEZ BERNALES editor. Cuaderno de Análisis Jurídicos. Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales. Santiago Mayo 1999. Página 135 y siguientes.

24 de Abril del año 1992<sup>428</sup>, sintetiza los argumentos en contra de esta distinción y que resulta necesario reiterar:

*“(…) (1º) La constitución no distingue entre ley anterior y ley posterior. Lo que se requiera para la procedencia del recurso de inaplicabilidad es la coexistencia, es la coexistencia, en cuanto a estar vigente, de una norma constitucional y una legal, sin que ofrezca trascendencia al efecto el que esta última sea posterior a la promulgación de la primera. (En el mismo sentido considerando 10 recurso de inaplicabilidad Manuel Contreras Sepúlveda, 3 de junio de 1994, considerando 26 Teresa Navia y otros, 28 de diciembre de 1994, considerandon González Morales, Roberto, 1º diciembre de 1993).*

*(2º) Si el juez a quo puede declarar que la ley general, que es la Constitución, ha derogado una ley especial consecuentemente puede la Corte declarar la inconstitucionalidad de la ley.*

*(3º) La derogación tácita no resuelve el caso de la creación, por la Constitución, de un sistema incompatible con la aplicación de la ley común, lo que sí puede hacer, en cambio, la Corte Suprema, que tiene como Tribunal Unico el control de la constitucionalidad de la ley,*

---

<sup>428</sup>

Revisar las sentencias de inaplicabilidad **Yolanda Soto**, de fecha 24 de Abril del año 1992, fallo **Compañía de Teléfonos de Chile**, de fecha 28 de Enero del año 1992 y sentencia **José Edmundo Guilliani Cannobbi** de fecha 16 de Septiembre de 1991.

conforme al mencionado artículo 80 (Héctor Cardonne La Rosa, sentencia de 24 de abril de 1992, considerando 5°).

(4°) *El principio lex posterior cede ante el principio lex superior.* Así por ejemplo, el considerando 3° letra (a) del fallo Giuliani Cannobbi : “a) *El antes referido artículo 44 es una norma de rango inferior al de las normas constitucionales y, siendo así, se rebasa el ámbito de una cuestión de mera derogación de leyes, por cuanto lo que está en conflicto es una disposición simplemente legal; sino la prevalencia de la de mayor rango sobre aquella que tiene uno inferior, como es la legal. No puede entenderse que cuando la Código Civil en los artículos 52 y 53 alude a la derogación de las leyes haya hecho referencia a disposiciones constitucionales, pues dicho Código es precisamente de nivel inferior a cualquier texto constitucional y, por ello no pudo comprender a estos; su normativa, en cuanto a derogación, dice relación únicamente con normas de rango análogo; cuando el conflicto se produce entre un precepto constitucional y uno legal, lo que corresponde es solicitar la inaplicabilidad de este último.*

*La circunstancia de que el Código Civil haga diferencia entre la ley y Constitución se colige de su artículo 11 (SIC)<sup>429</sup>, que al definir ley señala que “es una declaración de la voluntad soberana, que manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda ...”, o sea*

---

<sup>429</sup>

Citado textualmente, pero se hace referencia al artículo 1° del Código Civil y no al 11.

*diferencia en su título preliminar, los conceptos de “ley” y “Constitución”, subordinando aquella a esta; en su artículo 52 sólo se refiere a la derogación de las leyes, o de estas en relación con textos de rangos inferiores.*

*(5°) La Corte Suprema en ciertos fallos recurre al argumento de que la presente inconstitucionalidad sobreviniente es, en los hechos, una inconstitucionalidad sostenida en el tiempo, pues el precepto legal era inconstitucional en relación con la Constitución imperante al momento de la publicación de la ley y lo continúa siendo bajo el imperio de la nueva Constitución (por ejemplo, Héctor Cardonne la Rosa, 24 de abril de 1992).*

*(6°) El argumento que muchos conflictos quedarían sin resolver “ante la imposibilidad en que se encontrarían los jueces de frente, por ejemplo, a leyes que contengan normas especiales y que, sin embargo, estuviesen en contraposición con pautas orgánicas generales estuvieron contenidas en la Constitución posterior. En esa contingencia y debido a que de acuerdo a principios comúnmente admitidos, la norma genérica no deroga regularmente, de modo tácito, a la norma especial dictada precedentemente, el magistrado se vería constreñido a aplicar esta, que mantendría así una ultraactividad sustancialmente a la Corte Suprema hacer respetar la supremacía de la Constitución en conformidad con lo estatuido, justamente, por la Carta Fundamental”*

*(rol 16.164, de 31 de octubre de 1991, Miguel Vera Bascur, considerando 6°; rol 16.293 de 28 de enero de 1992, causa de Compañía de Teléfonos de Chile, considerandos 2, 3 y 4) (...)*”.

El problema de la derogación tácita genera una cuestión de subsistencia del precepto, que debe zanjarlo el propio recurso de inaplicabilidad:

*“(…) El precepto que puede estimarse tácitamente derogado por la nueva Constitución se mantiene literalmente hasta mientras no se exprese ser contrario a ella. Se genera, entonces, una cuestión de subsistencia del precepto y es precisamente el recurso de inaplicabilidad el que tiene por objeto, como prescribe el artículo 80 de la Carta Fundamental, declarar inaplicable todo precepto contrario a la Constitución (...)*<sup>430</sup>.

---

<sup>430</sup>

Fallo “Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad”, dictado por la Corte Suprema con fecha 16 de septiembre de 1992. Considerando 6°.

#### 4.2.2.3.- **Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las leyes y otras materias entregadas al Tribunal Constitucional Chileno.**

##### 4.2.2.3.1.- Generalidades y Enunciación.-

No es el propósito de esta monografía el estudio en particular sobre cada una de las atribuciones del Tribunal Constitucional, de las cuales solo haremos una breve exposición, utilizando para ello la estructura procedimental utilizada por el título II de la Ley Orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, número 17.997<sup>431</sup>. A saber: a).- Control obligatorio de constitucionalidad. b).-

---

<sup>431</sup> En todo caso podemos enunciar otras clasificaciones de las atribuciones o competencias del Tribunal Constitucional chileno. Al respecto ver ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *“Derecho Procesal Constitucional”*. Ob. Cit. Páginas 189 y siguientes, donde reconoce cuatro competencias del Tribunal Constitucional:

- 1.- **Competencia de Control de Constitucionalidad de la Ley** (artículo 82 N° 1 de la Constitución Política de 1980).
- 2.- **Competencia de Conflictos de Constitucionalidad** (artículo 82 números 2, 3, 4, 5, 6 y 12 de la Constitución Política de 1980).- Dentro de esta competencia se distinguen a su vez las siguientes atribuciones:
  - a).- Control de la regularidad del procedimiento legislativo (artículo 82 números 2 y 5 de la Constitución Política de 1980).
  - b).- Cuestiones de constitucionalidad que susciten actos normativos que emanen del Presidente de la República (artículos 82 números 3, 6 y 12 de la Constitución Política de 1980).
  - c).- Cuestiones de Constitucionalidad relativas a convocatoria a un plebiscito (artículo 82 N° 4 de la Constitución Política de 1980).
- 3.- **Competencia Contencioso-Sancionatoria** (artículo 82 N° 7 de la Constitución Política de 1980).
- 4.- **Competencia Miscelánea** (artículo 82 números 9, 10 y 11 de la Constitución Política de 1980).- En este punto también distingue dos tipos de competencia:

Conflictos de Constitucionalidad. c).- Inhabilidades e incompatibilidades de los Ministro de Estado y Parlamentarios. d).- Atentados contra el ordenamiento institucional. e).- Competencia consultiva o informativa.

- 
- a).- Competencia miscelánea de tipo contenciosa (artículo 82 números 10 y 11 de la Constitución Política de 1980).
  - b).- Competencia miscelánea de tipo consultiva (artículo 82 número 9 de la Constitución Política de 1980).

Por otra parte, ver NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, en su trabajo “*Jurisdicción Constitucional en Chile*”, en “*Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*”. Ob. Cit. Páginas 533 y siguientes, donde distingue entre cuatro competencias diferentes:

- 1.- **Competencia de Control de Constitucionalidad de Normas Jurídicas.-**  
Donde se reconocen las siguientes atribuciones.-
  - a).- Control preventivo por inconstitucionalidad de las leyes de reforma constitucional (artículo 82 n° 2 de la Constitución Política de 1980).
  - b).- Control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso Nacional (artículo 82 n° 2 de la Constitución Política de 1980).
  - c).- Control de constitucionalidad de preceptos legales o con jerarquía de ley.
  - d).- Control de constitucionalidad del ejercicio de la potestad reglamentaria del gobierno.
- 2.- **Competencias sancionatorias por vulneración del sistema constitucional democrático** (artículo 82 n° 7 de la Constitución Política de 1980).
- 3.- **Competencias en materia de organización institucional.**
- 4.- **Competencia para adoptar decisiones reglamentarias procedimentales, presupuetarias, y sobre el personal del Tribunal Constitucional.**



#### 4.2.2.3.2.- Competencias del Tribunal Constitucional.-

##### a).- Control Obligatorio de Constitucionalidad.-

Conforme a lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 82 de la Constitución política de 1980, al Tribunal Constitucional le corresponde “(...) ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpretan algún precepto de la Constitución (...)”.

Este es un control obligatorio y preventivo<sup>432</sup>, que se ejerce, a nuestro juicio, sobre todo el proyecto y no sólo sobre algunos artículos considerados por el legislador como propios de materias orgánica constitucionales. Así, por lo demás, lo ha expuesto la doctrina y la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>433</sup>.

---

<sup>432</sup> Cabe reiterar que en nuestro sistema de control de constitucionalidad de las leyes, el control facultativo y represivo o ex-post está encomendado por el artículo 80 de la Constitución a la Corte Suprema en sede de inaplicabilidad.

<sup>433</sup> Al efecto pueden verse las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional de las cuales reproducimos algunos considerandos, a saber:

1.- Fallo **rol 176 del 22 de noviembre del año 1993**, considerandos 23° y 24°:  
“(...) El Tribunal Constitucional cumple su función de control de constitucionalidad que la Carta Fundamental le señala en el artículo 82 n° 1, confrontando la disposición orgánica constitucional consultada con la correspondiente norma de nuestra Constitución que le daría tal carácter, pero el Tribunal no puede verse restringido en el ejercicio de su labor al consultársele solamente incisos de un artículo, es especial si éste constituye una disposición nueva que se crea, pues tal como se ha señalado, los incisos o partes de un artículo forman un sólo todo que es jurídicamente

**b).- Conflictos de constitucionalidad.-**

Tratan de los conflictos o cuestiones de constitucionalidad los numerales 2, 3, 4, 5, 6 y 12 del artículo 82 de la Constitución Política de 1980 y se enmarcan en ellos atribuciones tanto respecto de la regularidad del procedimiento legislativo (numerales 2 y 5 del artículo 82), las contiendas de constitucionalidad que se susciten por actos normativos que emanan del

---

difícil de separar y permiten al sentenciador constitucional comprender su exacto contenido y alcance.

Que lo señalado precedentemente no es obstáculo para que en el desempeño de su labor, el Tribunal Constitucional examinando un artículo sometido a su control, pueda, con el objeto de desarrollar el sentido que lo ha inspirado en su jurisprudencia de no rigidizar la legislación, determinar libremente que ciertos incisos o párrafos de aquél cuando ello sea pertinente son preceptos o normas que versan sobre materias propias de ley orgánica constitucional (...). Ver *“Fallos del Tribunal Constitucional Pronunciados entre el 16 de Julio de 1992 y 22 de Enero de 1996”*. Ob. Cit.

2.- Fallo **rol 180 del 27 de enero del año 1994**, extracto de considerando 7°:

“(...) el Tribunal (Constitucional) reitera (...) en el sentido que cumple a cabalidad la función de control de constitucionalidad que la Carta Fundamental le señala en el artículo 82 n° 1, ejerciéndola sobre todos los incisos de un artículo y no sobre parte de ellos, pues forman un solo todo orgánico y sistemático que es jurídicamente difícil de separar para determinar su real sentido y alcance (...)”. (SIC. Lo escrito entre paréntesis es nuestro). Ver *“Fallos del Tribunal Constitucional Pronunciados entre el 16 de Julio de 1992 y 22 de Enero de 1996”*. Ob. Cit.

3.- Fallo **rol 184 de 7 de marzo del año 1994**, extracto de considerando 11°:

“(...) no obstante que la Cámara de origen ha enviado para su control como materia propia de ley orgánica constitucional incisos o partes de artículos de proyecto de ley en análisis, ellos constituyen un solo todo orgánico sistemático con los restantes preceptos que forman parte del artículo que los comprende; y, que, con un análisis parcializado de su contenido no puede desarrollar en su integridad y cabalmente su función de velar por la supremacía constitucional, en conformidad con el artículo 82 n° 1, de la Constitución Política, motivo por el cual debe entrar a examinar los demás incisos que conforman cada uno de los artículos cuyas disposiciones han sido sometidas a su conocimiento (...)”. Ver *“Fallos del Tribunal Constitucional Pronunciados entre el 16 de Julio de 1992 y 22 de Enero de 1996”*. Ob. Cit.

Presidente de la República (numerales 3, 6 y 12), como por último, cuestiones de constitucionalidad relativa a la convocatoria a un plebiscito<sup>434</sup>

Podemos señalar, por último, que la cobertura de los actos normativos sometidos al control del Tribunal Constitucional, es casi completa: actos legislativos, tratados internacionales, decretos supremos y decretos con fuerza de ley.

Sin embargo se echa de menos en una futura reforma, un control de constitucionalidad respecto a los Autos Acordados de los Tribunales superiores de Justicia, los cuales en nuestro medio no están sujetos a ningún tipo de

---

<sup>434</sup> Artículo 82 de la Constitución Política de 1980: "(...) Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

2°.- Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;

3°.- Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;

4.- Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones;

5°.- Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda o dicte un decreto inconstitucional;

6°.- Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente de la República en conformidad al artículo 88;

12°.- Resolver sobre la inconstitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60. (...)"

control preventivo o represivo, con las evidentes contradicciones que se han producido en la práctica<sup>435</sup>.

También falta un control de constitucionalidad de los autos acordados del Tribunal Calificador de Elecciones y los Reglamentos dictados por las Cámaras del Congreso Nacional.

c).- Inhabilidades e incompatibilidades de los Ministros de Estado y Parlamentarios.

Tratan de esta materia los numerales 10 y 11 del artículo 82 de la Constitución Política de 1980.

Estos artículos asignan al Tribunal Constitucional la atribución de resolver por una parte “las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones”<sup>436</sup>, y por la otras

---

<sup>435</sup> Esclarecedor de lo que venimos diciendo resulta las evidentes inconstitucionalidades que presenta el auto acordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo del Recurso de Protección de derechos constitucionales del artículo 20 de la Constitución.

<sup>436</sup> Ver **fallo rol 19, de fecha 27 de Octubre del año 1983**, dictado por el Tribunal Constitucional del cual reproducimos un extracto de su considerando 2º:  
“(…) la Constitución de 1980, igual que la de 1925, no estableció en forma sistematizada y explícita, las causales de inhabilidad, incompatibilidad, incapacidad o cesación en el cargo de los Ministros de Estado, como sí lo hizo respecto de los parlamentarios en los artículos 54, 55, 56 y 57, respectivamente.

resolver sobre “inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios”, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 54 a 57 de la Constitución.

Cabe destacar que conforme al inciso decimotercero del artículo 82, tratándose de inhabilidades constitucionales y legales que afecten a los ministros de Estado, nuestro constituyente ha consagrado una acción pública o popular, que puede ejercer cualquier persona.

d).- Atentados contra el orden institucional.-

Conforme a lo que señala el numeral 7 del artículo 82 de la Constitución Política de 1980, corresponde al Tribunal Constitucional declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones, partidos políticos y personas que atenten contra los principios básicos del régimen democrático y constitucional

---

Sin embargo, lo anterior no significa que el constituyente no haya contemplado causales de inhabilidad para ser designado Ministro de Estado o permanecer en dicho cargo.

Un análisis de conjunto de los distintos preceptos de la Constitución, permite concluir que en nuestra Carta Fundamental se contemplan, implícita o expresamente, dos clases de inhabilidades:

a). Las inhabilidades absolutas que se configuran por la falta o carencia de los requisitos establecido en la Constitución para ser nombrado Ministro de Estado, y

b). Las inhabilidades relativas que son aquellas que afectan a las personas que, no obstante cumplir con los requisitos antes aludidos, no pueden ser designados en dicho cargo o continuar en él, por la personal y especial situación en que se encuentran (...). Ver VALENZUELA SOMARRIVA, EUGENIO. Ob. Cit. Páginas 152 y siguientes.

de conformidad a lo que disponen los incisos 6, 7 y 8 del número 15 del artículo 19 de la misma Constitución<sup>437 438</sup>.

El origen de esta atribución deriva del hoy derogado artículo 8°, en virtud de la reforma constitucional de la ley 18.825 de 1989<sup>439</sup>, y tiene su inspiración

<sup>437</sup> Artículo 82 de la Constitución Política de 1980: “(...) Son atribuciones del Tribunal Constitucional: (...)”

“(...) 7°.- Resolver sobre la constitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, en conformidad a lo dispuesto en los incisos sexto, séptimo y octavo del número 15° del artículo 19 de esta Constitución. Sin embargo, si la persona afectada fuere el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio (...)”.

Artículo 19 de la Constitución Política de 1980: “(...) La Constitución asegura a todas las personas: (...)”.

“(...) N° 15.- El derecho de asociarse sin permiso previo: (...)”.

Inciso 6°: “(...) La Constitución Política garantiza el pluralismo político. Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como así mismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar esta inconstitucionalidad (...)”.

Inciso 7°: “(...) Sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la Constitución o en la Ley, las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motiven la declaración de inconstitucionalidad a que se refiere el inciso precedente, no podrán participar en la formación de otros partidos políticos, movimientos u otras formas de organización política, ni optar a cargos públicos de lección popular ni desempeñar los cargos que se mencionan en los números 1) a 6) del artículo 54, por le término de cinco años, contado desde la resolución del Tribunal. Si a esa fecha las personas referidas estuvieren en posesión de las funciones o cargos indicados, los perderán de pleno derecho (...)”.

Inciso 8°: “(...) las personas sancionadas en virtud de este precepto no podrán ser objeto de rehabilitación durante el plazo señalado en el inciso anterior. La duración de las inhabilidades contempladas en dicho inciso se elevará al doble en caso de reincidencia; (...)”.

<sup>438</sup> Ver fallos extractados en la nota al pie números 373 y 374 en la Primera Parte de este mismo Capítulo.

<sup>439</sup> En relación con la negociación política del año 1989 para reformar la Constitución y,

en la noción de defensa de la democracia o democracia militante que consagraron los artículos 18 y 21 de la Constitución Alemana de 1949 y que llegó a declarar, por parte del Tribunal Constitucional Alemán, de inconstitucionales los partidos comunista y nazi en la década de los 50.

Nuestro Constituyente, al igual que en el caso de los Ministros de Estado, consagran una acción pública o popular, salvo que la persona afectada fuere el Presidente de la República o el Presidente electo, en cuyo caso el requerimiento deberá formularse por la Cámara de Diputados o por la cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

e).- Competencia consultiva o informativa.

La última atribución que le entrega la constitución al Tribunal Constitucional, se contiene en el numeral 9 del artículo 82 en comento, el cual señala como potestad el informar al Senado en los casos en que éste órgano proceda a la declarar la inhabilidad del Presidente de la República o del Presidente electo cuando un impedimento físico o mental lo inhabilitare para el ejercicio de funciones o cuando el Presidente de la República haya hecho

---

entre otras, derogar el artículo 8° que se habría aplicado el año 1985 y la introducción de un tímido principio de pluralismo político en la redacción de los incisos 6, 7 y 8 del número 15 del artículo 19 de la Constitución, ver nota 395 en el Intermezzo de este mismo Capítulo.

dimisión de su cargo, si los motivos que originan son o no fundado y, en consecuencia, admitirla o desecharla de conformidad a lo dispuesto en el artículo 49 número 7 de la Constitución Política de 1980.

#### **4.2.3.- Las Acciones De Protección De Los Derechos Humanos Fundamentales.**

Las acciones de protección de los derechos humanos fundamentales se han transformado en la labor más trascendente del juez constitucional. En Chile, a diferencia de lo ocurrido en España o Alemania, el Tribunal Constitucional no cuenta dentro de sus competencias el amparo y protección directo de los derechos fundamentales. Esto no quiere decir, que su misión no esté encaminada a dicho resguardo, sino simplemente, que no existen medios directos a través de los cuales el Tribunal Constitucional puedan conocer de peticiones ciudadanas que reclamen la protección de sus derechos, pues, la estructura misma del Tribunal Constitucional, ha hecho que dicha protección directa sea ejercida en Chile por el Poder Judicial, situación que hicimos presente, se encuentra más cercana al modelo francés.

Así, los artículos 20 y 21 de la Constitución Política ubicados ambos en el capítulo tercero denominado “De los derechos y deberes constitucionales”, se han encargado de establecer acciones y recursos constitucionales protectoras



de los derechos fundamentales de las personas. Nos referimos a la Acción de Protección, y a la Acción y Recurso de Amparo o “Habeas corpus”.

Históricamente, tanto en el extranjero como en nuestro país, el “habeas corpus”, o recurso de amparo, es la primera acción concebida para resguardar la libertad personal y seguridad individual. Establecida en Chile ya en la Constitución de 1925, la actual Constitución de 1980, en su artículo 21<sup>440</sup> ha extendido su ámbito de aplicación no solo ha la privación por actos de la autoridad judicial, en cuyo caso toma técnicamente el nombre de recurso al estar concebido para impugnar resoluciones judiciales, como aquéllas que ordenan la detención, el arraigo, el sometimiento a proceso o la prisión preventiva<sup>441</sup>, sino además a cualquier otra privación, perturbación o amenaza

---

<sup>440</sup> El texto de artículo 21 de la Constitución Política de 1980 es el siguiente:

“(…) Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las Leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la Ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Esa magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruída de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuanta a quien corresponda para que los corrija.

El mismo recurso, y en igual forma, podrá se deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado (…).”

<sup>441</sup> Por disposición del Código de Procedimiento Penal, la magistratura que establece la ley, es en primera instancia, la Corte de Apelaciones respectiva, conociendo en segunda instancia, la Corte Suprema de Justicia. “Este recurso –conforme señala el artículo 307 del cuerpo legal citado– se deducirá ante la Corte de apelaciones

al derecho a la libertad personal y seguridad individual, sea que dicha privación, perturbación o amenaza emane de un órgano del estado, excluido el poder judicial, como de cualquier persona, institución o grupo social, en cuyo caso, toma técnicamente el nombre de Acción de Amparo.

Esta afirmación es importante, pues subsisten aún quienes creen que la acción de amparo, se dirige únicamente en contra de la Administración del Estado, lo que consideramos incorrecto<sup>442</sup>.

La segunda herramienta incorporada por nuestro constituyente, es de reciente data, fue incorporada por el Acta Constitucional N° 3 de 1976, y reiterada por el actual artículo 20 de la Constitución de 1980<sup>443</sup>. Nos referimos,

---

respectiva por el interesado o, en su nombre, por cualquiera persona capaz de parecer en juicio, aunque no tenga para ello mandato especial, y puede interponerse por telégrafo; y pedir al tribunal, en la misma forma, los datos e informes que considere necesarios”.

<sup>442</sup> En el mismo sentido de lo que venimos señalando, aun cuando no hace la distinción entre acción y recurso, puede verse en NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. “*La Jurisdicción Constitucional en Chile*”. En “*La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*”. Ob. Cit. Página 576.

<sup>443</sup> El texto del artículo 20 de la Constitución Política de 1980 es el siguiente:  
“(…) El que por causa de actos y omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso cuarto, 4° 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, 25°, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgare necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o tribunales correspondientes.

Procederá también el recurso de protección en el caso del N° 8° del artículo 19,

ahora a la Acción de Protección Constitucional, acción mediante la cual se extiende la cobertura a los demás derechos subjetivos.

Con claros antecedentes en el Derecho Romano, el Recurso de Amparo o “habeas corpus” se desarrolla históricamente con nitidez desde la Carta Magna inglesa de 1215, introduciéndose en nuestro país a partir de la Constitución de 1833, la cual en su artículo 143 establece lo que se denominó “recurso de protección”, reglamentado más tarde por el artículo 111 de la Ley de Organización y Atribuciones del Poder Judicial de 1875 y el Código de Procedimiento Penal de finales del siglo XIX, entregando su conocimiento y fallo a las Cortes de Apelaciones en primera instancia y a la Corte Suprema de Justicia como tribunal de revisión.

Sin embargo, será a partir de la Carta de 1925 donde se perfecciona este recurso constitucional que pasará a denominarse definitivamente “recurso de amparo”, establecido en el artículo 16 de dicha Carta y regulado por el Auto Acordado de la Corte Suprema de 19 de Diciembre del año 1932. Nuestro constituyente consolida definitivamente este instituto en el Acta Constitucional número 3 de 1976, que incorpora el denominado “amparo preventivo”, y en la Constitución de 1980, ambos textos que distinguen, a nuestro juicio, entre acción de amparo, hipótesis contenida en el inciso 3° del artículo 21 de la

---

cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada (...)."

Constitución de 1980, y recurso de amparo, en el inciso primero del mismo artículo.

Esta distinción es importante pues marca el ámbito de la acción de la garantía constitucional en análisis, ya que vamos a denominarlo “recurso” de amparo cada vez que, por su intermedio, se impugne una resolución de un órgano jurisdiccional que ordene el arresto, detención o prisión de un individuo con infracción a lo dispuesto en la Constitución y las leyes. Hablamos en cambio, de “acción” de amparo, cuando existe un privación, perturbación o amenaza de la libertad personal y seguridad individual que no provenga de una resolución judicial, por ejemplo, un acto arbitrario o ilegal de la autoridad administrativa o de un simple particular, sin perjuicio del delito que tal particular o autoridad cometa con dicha privación, perturbación o amenaza de la libertad personal y seguridad individual, que la Constitución asegura como derecho a todas las personas en el artículo 19 número 7 de la Carta de 1980.

Una variante del recurso de amparo, que nada tiene que ver con la libertad personal y la seguridad individual, es el denominado “recurso de amparo económico”, o bien, como técnicamente debe denominarse, “acción de amparo económico”, introducido en las postrimerías del Gobierno Militar del General Pinochet mediante la ley 18.971 de 10 de Marzo del año 1990, con el

objeto de proteger la iniciativa económica privada, consagrada en el numeral 21 del artículo 19 de nuestra Constitución.

Por otra parte y de más reciente data, es el Recurso de Protección de Derechos Constitucionales, que por cierto, deberá denominarse técnicamente “Acción de Protección de Derechos Constitucionales”, establecido en el artículo 2° del Acta Constitucional número 3 de 1976 y consagrado definitivamente en el artículo 20 de la Carta Constitucional de 1980.

La regulación de esta Acción Constitucional, fue encomendada por el Acta Constitucional número 3 a la Corte Suprema, defecto no reparado por el constituyente de 1980, encontrándose hoy día sometida a una compleja y deficitaria regulación efectuada por la Corte Suprema en el Auto Acordado de 24 de Junio del año 1992, reformado por la misma Corte el 4 de mayo del año 1998.

Sin perjuicio de lo destacable de su incorporación a nuestro sistema de protección constitucional, lo reducido de su campo de acción que sólo protege determinados derechos individuales del artículo 19 de la Constitución de 1980<sup>444</sup> y los resguardos de admisibilidad sujetos al control único y excluyente

---

<sup>444</sup> Los derechos constitucionales protegidos por esta acción constitucional, de acuerdo al Artículo 20 de la Constitución de 1980, son los siguientes:

- 1.- Número 1° del artículo 19 de la Constitución.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.
- 2.- Número 2° del artículo 19 de la Constitución.- La igualdad ante la ley.
- 3.- Número 3° inciso cuarto del artículo 19 de la Constitución.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos pero solamente en relación a que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta.
- 4.- Número 4° del artículo 19 de la Constitución.- El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia.
- 5.- Número 5° del artículo 19 de la Constitución.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.
- 6.- Número 6° del artículo 19 de la Constitución.- La libertad de conciencia.
- 7.- Número 9° inciso final del artículo 19 de la Constitución.- El derecho a la protección de la salud pero solo en cuanto a que cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado.
- 8.- Número 11° del artículo 19 de la Constitución.- La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.
- 9.- Número 12° del artículo 19 de la Constitución.- La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa.
- 10.- Número 13° del artículo 19 de la Constitución.- El derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas.
- 11.- Número 14° del artículo 19 de la Constitución.- El derecho de presentar peticiones a la autoridad.
- 12.- Número 15° del artículo 19 de la Constitución.- El derecho de asociarse sin permiso previo.
- 13.- Número 16°, en lo relativo a la, del artículo 19 de la Constitución.- La libertad de trabajo y su protección, pero solamente en relación con la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación y a lo establecido en su inciso cuarto, esto es, que ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.
- 14.- Número 19° del artículo 19 de la Constitución.- El derecho de sindicarse.
- 15.- Número 21° del artículo 19 de la Constitución.- El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica.
- 16.- Número 22° del artículo 19 de la Constitución.- La no discriminación arbitraria

de la Corte de Apelaciones, han debilitado notoriamente su interposición y eficacia, materia que deberá ser objeto también de urgentes reformas constitucionales y legislativas<sup>445</sup>.

en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

- 17.- Número 23° del artículo 19 de la Constitución.- La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes.
- 18.- Número 24° del artículo 19 de la Constitución.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.
- 19.- Número 25° del artículo 19 de la Constitución.- El derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas.

445

En pleno proceso de revisión de la presente memoria, durante el mes de junio del presente año, se conoció a través de los medios de comunicación, el Informe de desempeño del Poder Judicial en materia de protección de derechos constitucionales, informe que fue efectuado por la Unidad de Estudios, Análisis y Evaluación de Materias de Interés para la función judicial, creada por acuerdo del pleno de la Excmá Corte Suprema en marzo de 2002. Dicho informe de 8 páginas, no hace sino defender la labor de la Corte Suprema y desvirtuar otro informe, emitido por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, denominado "Informe Anual de Derechos Humanos", correspondiente al año 2002.

Dadas las críticas que también hemos efectuado a la Corte Suprema en materia de protección constitucional, reproducimos a continuación, el análisis efectuado por la propia Corte Suprema, sobre el recurso de protección durante el año 2002 y que señala textualmente:

"(...) En efecto, revisados los fallos sobre recurso de protección del máximo tribunal durante el 2002, se observa una fructífera labor de aquél en la materia.

Así, en lo relativo a la protección del derecho a la vida, consagrado en el número 1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, constatamos diversas sentencias que han ordenado el cese o modificación de actos que afectan o amenazan la integridad psíquica y física de las personas. Tal es el caso, de la circulación por las calles de perros vagos, la falta de limpieza de los sistema de evacuación de aguas lluvias, la excesiva contaminación acústica y riesgo en tronaduras por demolición, ente otras.

En lo que dice relación con la igualdad ante la ley, establecida en el artículo 19 número 2 de la Carta Fundamental, también son variados los fallos que reestablecen dicha igualdad, frente a la arbitrariedad cometida por diversos entes. Por ejemplo, se estima atentatorio contra dicho derecho la falta de reconocimiento de equivalencia entre personal de civil y de fila en determinada institución, el término anticipado de función en calidad de contrata mediante una resolución alcaldía y la construcción en terrenos ribereños.

Por su lado, el respeto a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos -artículo 19 número 3 de la Constitución-, también fue materia de conocimiento de la Excmá. Corte Suprema durante el 2002; particularmente con motivo de actuaciones fiscalizadoras que importaban en el hecho un ejercicio de atribuciones de carácter jurisdiccional, vulnerándose la prohibición de ser juzgado por comisiones

especiales.

El respeto a la vida privada y a la honra, reconocida en el artículo 19 número 4 de nuestra Constitución, también fue una materia que la Corte Suprema debió cautelar. La mayoría de los casos versaron sobre la divulgación de condiciones de morosidad, todo ello en el contexto de la ley 19.628 sobre protección a la vida privada. Igualmente, se estimó como atentatorio a dicho derecho la difusión de ciertas imágenes fotográficas en internet y propagación de expresiones soeces.

Con respecto al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, asegurado por el artículo 19 número 8 de la Constitución, puede destacarse un fallo en el que se declara que un determinado local comercial funciona sin autorización, originando además, contaminación acústica.

En cuanto a la protección de la salud (artículo 19 número 9 de la carta fundamental), si bien éste no se encuentra cautelado con el recurso de protección -salvo la libre elección del sistema de salud- encontramos diversos fallos en los cuales se dejan sin efecto actos unilaterales por parte de uno de los contratantes, como por ejemplo la pretensión de no dar cobertura médica, el alza injustificada en planes de salud o el término unilateral de un contrato de prestación de salud.

Respecto de la libertad de enseñanza (artículo 19 número 11 de la Constitución), se ha señalado que se vulnera dicha garantía con motivo de la negativa injustificada de renovar matrícula.

Siguiendo con el orden correlativo del artículo 19, en su número 15, nos encontramos con el derecho de asociación, respecto del cual también se originaron fallos durante el 2002. Uno de ellos, en el sentido de avalar el derecho a la renuncia intempestiva de un asociado; en tanto que en otro se obligó a la recurrida a reincorporar a un socio, dejando sin efecto la medida de expulsión decretada.

Por su parte, la libertad a desarrollar cualquier actividad económica, cautelada en el artículo 19 número 21, también fue objeto de protección por parte del máximo Tribunal. Al respecto, se abordaron temas como la clausura ilegal de un establecimiento comercial, la caducidad arbitraria de una patente comercial, la incautación ilegal de productos alimentarios y otros. Por su parte, a través del recurso de amparo económico se consideró como infracción la indebida prohibición de venta y distribución de un periódico.

Finalmente, el derecho a la propiedad, consagrado en el número 24 del artículo 19 de la Constitución, fue sin duda la materia sobre la que más recursos se presentaron ante la Corte Suprema. Atendida la relevancia social de esta garantía, los casos resultan tan variados, como lo son las diversas especies corporales e incorporeales sobre las que puede recaer. Se estimaron como infracción a dicho derecho, la negativa injustificada a percibir asignación profesional; la pretensión de la autoridad de dar a bienes de una determinada corporación un fin distinto al fijado en los estatutos; el levantamiento ilegal de cercos en terrenos de propiedad de recurrente; la caducidad de patente municipal, la autorización municipal para construir viviendas en altura en zona prohibida; la eliminación de concesión de radiodifusión sonora legalmente adjudicada, etc.”

Por último, útil resulta de tal informe, reproducir la defensa efectuada por la Corte a su labor, con relación a las encuestas de opinión pública que muestran una mala evaluación de la ciudadanía. Señala el informe: “Como puede apreciarse si bien el Poder Judicial no puede pretender estar exento de críticas, como toda institución formada por seres humanos, la gran mayoría de las mismas se debe al desconocimiento de su labor y a razones por completo ajenas a él, como son el contenido de las leyes, la necesidad de crear más tribunales, una infraestructura adecuada, a lo que se agrega el recargo excesivo de la labor de los mismos, y una leal



#### **4.2.4.- Síntesis y crítica del Proyecto de Reforma Constitucional al sistema de Justicia Constitucional en Chile en actual tramitación ante el Senado de la República.**

##### **4.2.4.1.- Planteamiento del tema.-**

Siguiendo una sugerencia que nos hiciera el Profesor José Luis Cea Egaña, queremos concluir este capítulo con una breve síntesis y crítica al proyecto de reformas constitucionales actualmente en estudio ante el Senado de la República. Para llevar adelante con éxito esta labor, nos hemos basado en los boletines números 2526-07 y 2534-07 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaídos en los proyectos de reforma constitucional, en primer trámite, originados en mociones de los Honorables Senadores señores Chadwick, Larraín y Romero y del ex Senador señor Diez, y de los Honorables Senadores señores Silva y Viella-Gallo, y de los ex Senadores señores Bitar y Hamilton, los cuales recogen, además, los mensajes emanados de la Presidencia de la República.

---

colaboración por parte de los abogados que intervienen en los juicios. Es indudable la utilidad de las encuestas de opinión, pero ellas deben diseñarse considerando variables medibles atinentes a la administración de justicia, para tener un diagnóstico adecuado, corrigiendo así lo realmente imputable al Poder Judicial (...)"

Por último, hemos dividido el presente apartado en dos tópicos, uno referido a las normas generales de enmienda constitucional y el otro referido a las reformas y modificaciones al sistema nacional de justicia constitucional, tema este último, que acapara nuestra mayor atención y dedicación.

#### **4.2.4.2.- De las reformas generales a la Constitución.**

Con relación al capítulo de las Bases de la Institucionalidad se discuten actualmente importantes modificaciones a su articulado.

Así, entre otras materias, y siguiendo el modelo de constituciones como la Boliviana, Paraguaya y Guatemalteca, entre otras, el Estado reconoce como parte esencial de las raíces de la nación las etnias indígenas originarias, mencionando, erradamente a nuestro juicio, las que se consideran más relevantes, ello, sin perjuicio de reivindicar el carácter de una e indivisible de la Nación chilena.

Se propone, que los órganos del Estado promoverán la regionalización del país y el desarrollo equitativo de las regiones, provincias y comunas, norma programática en tanto no se modifiquen otras normas sobre Gobierno y Administración Interior del Estado, que incluyan, por ejemplo, la elección directa

de intendentes y gobernadores, mayor autonomía presupuestaria y capacidad de decisión local.

Se encomienda a la totalidad de los órganos del Estado la misión de garantizar el orden institucional de la República, suprimiendo la exclusividad que de dicha misión tenían las Fuerzas Armadas y de Orden, reforma que valoramos como absolutamente necesaria en la democratización de nuestro sistema constitucional, pero donde echamos de menos un reforzamiento de la misión del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial en general, como guardianes de la Constitución y del orden institucional por ella consagrada. Nos parece conveniente una norma que refuerce el carácter de supremo intérprete de la Constitución y guardián de ella al Tribunal Constitucional, sin perjuicio de la tutela compartida con los demás órganos del Estado. Todavía el diseño nos parece el de un Tribunal Constitucional más guardián del Congreso Nacional que de la Constitución misma.

Se restablece un artículo 8º nuevo, referido a la probidad en el ejercicio de todas las funciones públicas, asegurando la publicidad de los actos y resoluciones, así como de sus fundamentos y procedimientos que utilicen.

Con relación a la nacionalidad se propone suprimir la exigencia a los hijos de chilenos nacidos en el extranjero de vivir un año en Chile para adquirir

la nacionalidad chilena, bastando la declaración de voluntad en tal sentido ante la autoridad competente. Asimismo, se elimina el requisito exigido a los extranjeros para adquirir la nacionalidad chilena se renunciar a su nacionalidad de origen, favoreciendo la doble nacionalidad. Por último, se elimina la sentencia judicial como fuente de pérdida de la nacionalidad.

Con relación a la ciudadanía, se suprime el trámite de rehabilitación ante el Senado de quienes la hayan perdido por condena a pena aflictiva, instaurándolo, en todo caso, para aquellos condenados por delitos de tráfico de estupefacientes, norma que estimamos inconstitucional y contraria al principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución.

En materia de sistema electoral, se incorporan como principios la proporcionalidad en la representación de los ciudadanos así como la adecuada representación de las regiones en las elecciones de diputados y senadores, norma meramente programática en tanto no se establezcan, a nuestro juicio, requisitos mínimos en la conformación de los distritos que eviten distorsiones grotescas como las observadas entre aquellas zonas más pobladas y los extremos del país, e igualdad absoluta de las regiones que implica que por cada región debe haber un mismo número de senadores, no dos circunscripciones senatoriales, ni tres o cuatro como se propone actualmente.

En materia de derechos constitucionales se proponen la derogación del delito de difamación, la intervención en la tuición ética del ejercicio de las profesiones a los respectivos colegios profesionales, y la eliminación de los requisitos especiales que se exige para interponer el recurso de protección con relación al derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, reformas que a la luz de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos resultan hasta ahora escasas y tímidas, y que no tendrán, por cierto, mayores consecuencias prácticas a favor de los ciudadanos.

Con relación al Presidente de la República, se rebaja de seis a cuatro años el mandato del Primer Mandatario, norma largamente añorada y conveniente. Se elimina como requisito el haber nacido en territorio chileno y se dispone que su elección de efectuará conjuntamente con la de los parlamentarios, junto a otras modificaciones relativas a sus atribuciones, como son la supresión de la facultad para llamar a legislatura extraordinaria y de designar a ciertos senadores, conocidos eufemísticamente como “institucionales”.

Se destaca entre las reformas propuestas aquellas que reformula la normativa de los estados de excepción constitucional, dando un mayor control al Congreso y a los Tribunales de Justicia tanto en su utilización como en las facultades del Presidente de la República.

Se destaca, asimismo, con los reparos que hemos expuesto, la nueva integración del Senado, con la eliminación de los senadores designados y vitalicios, siendo su generación completamente democrática. Asimismo, cabe destacar las nuevas herramientas con que se dota a la Cámara de Diputados para fiscalizar los actos del Gobierno, modificación aún tímida pero necesaria.

Por último, destacamos las modificaciones propuestas que eliminan la “legislatura extraordinaria”, consagran nuevas causales de inhabilidad para ser candidato a parlamentario y admite la posibilidad que éstos puedan renunciar a sus cargos, transparentando, asimismo, las normas sobre vacancias.

#### **4.2.4.3.- De las reformas al sistema nacional de justicia constitucional.**

Como expusimos al inicio del presente capítulo, nuestro sistema de justicia constitucional recoge tanto los predicados del modelo norteamericano o difuso como del modelo kelseniano o europeo de justicia constitucional, mixtura que basada en nuestra propia tradición constitucional, lleva a concluir más bien una agrupación de instituciones constitucionales que un verdadero sistema de justicia constitucional.

De ello se deriva, para desgracia de nuestro sistema constitucional, que el conjunto de reformas que en esta materia se discute actualmente en el

Senado de la República, sólo satisfagan la pretensión de perfeccionar nudos, incoherencias o vacíos tanto en la conformación de los órganos encargados del control jurisdiccional de la supremacía constitucional como en las materias a controlar por dichos órganos, encontrándose ausente en la discusión de dichas reformas una visión más completa y garantista de nuestra judicatura constitucional, sin menospreciar, por cierto, la urgencia y necesidad de las reformas actualmente en tramitación, que analizaremos a continuación.

En el marco de las reformas a la judicatura constitucional de nuestro país, el Tribunal Constitucional, es el que experimenta la mayor extensión y profundidad de reformas tanto en su composición como en su competencia.

Con relación a su integración, se aumenta de siete a nueve el número de ministros del Tribunal Constitucional, quienes durarán nueve años en sus cargos y serán designados, por tercios, por la Corte Suprema, el Presidente de la República y el Senado<sup>446</sup>.

---

<sup>446</sup> El texto de la modificación propuesta por la Comisión a la sala del Senado es el siguiente:

“Artículo 81.- Habrá un Tribunal Constitucional integrado por nueve miembros, designados en la siguiente forma:

a) Tres Ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta en una votación secreta que se celebrará en sesión especialmente convocada para tal efecto. Se desempeñarán en este Tribunal por tres años, pudiendo ser reelegidos por una vez. Los ministros elegidos cesarán temporalmente en el ejercicio de sus cargos en la Corte Suprema, los que reasumirán al término de su periodo como miembros del Tribunal Constitucional. Si dejaren de ser Ministros de la Corte Suprema por cualquier causa, cesarán definitivamente en sus funciones en el Tribunal Constitucional,

b) Tres abogados, designados por el Presidente de la República, y

c) Tres abogados, elegidos por el Senado, por los dos tercios de sus miembros

Ya hemos señalado la inconveniencia de designar miembros titulares de la Corte Suprema como ministros del Tribunal Constitucional, por lo que no compartimos la reforma propuesta en los términos formulados por la Comisión.

Lamentamos en este punto, que ninguna de las indicaciones propuestas al proyecto de reforma –rechazadas la mayoría por la unanimidad de los miembros de la Comisión–, considere la exclusión de miembros titulares de la Corte Suprema en la integración del Tribunal Constitucional y esperamos que sea objeto de análisis más adelante.

Valoramos, ciertamente, que se haya eliminado la designación de dos miembros efectuada por el Consejo de Seguridad Nacional, función que junto a

---

en ejercicio, en votaciones sucesivas, en sesiones especialmente convocadas para tal efecto.

Las personas referidas en las letras b) y c) durarán nueve años en sus cargos, se renovarán por parcialidades cada tres años, deberán tener a lo menos 15 años de título, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública, no podrán tener impedimento alguno que las inhabilite para desempeñar el cargo de juez, estarán sometidas a las normas de los artículos 55, 56 y 78, sus cargos serán incompatibles con el de diputado, senador o ministro del Tribunal Calificador de Elecciones y estarán sujetas a las prohibiciones que establezca la ley orgánica constitucional respectiva.

Los miembros del Tribunal Constitucional serán inamovibles.

En caso de que un miembro del Tribunal Constitucional cese en su cargo, se procederá a su reemplazo por quien corresponda de acuerdo con el inciso primero de este artículo y por el tiempo que falte hasta completar el periodo del reemplazado.

El Tribunal adoptará sus acuerdos por simple mayoría y fallará con arreglo a derecho.

La ley orgánica constitucional determinará la forma en que el Tribunal designará tres abogados integrantes, que durarán tres años en sus cargos. Dicha ley regulará el estatuto aplicable a los abogados integrantes y fijará, además, la planta, las remuneraciones y lo concerniente al personal del Tribunal, así como a la organización y funcionamiento de éste”.



la consignada en la letra b) del artículo 96, desnaturalizan el carácter asesor de seguridad nacional que debe tener este órgano del Estado.

Para concluir este punto, consideramos adecuado el número de ministros propuestos, y proponemos que sean designados por tercios por el Presidente de la República, la Cámara de Diputados y el Senado, quienes durarán nueve años en sus cargos, renovándose por parcialidades cada tres años y no podrán ser reelegidos. Asimismo, compartimos el requisito de tener a lo menos quince años de título de abogado y haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública, así como los impedimentos e incompatibilidades propuestas, a lo que agregamos que si el ciudadano designado fuere ministro titular de la Corte Suprema o de las Cortes de Apelaciones, deberá, en el acto de notificación de su designación, optar entre la designación efectuada y la calidad de ministro de dichos tribunales, cargos que pasan a ser incompatibles con la calidad de ministro del Tribunal Constitucional.

En materia de atribuciones y competencias del Tribunal, se propone el reemplazo del artículo 82 de la Constitución Política<sup>447</sup>, confiando a dicho órganos cuatro nuevas atribuciones, a saber:

---

<sup>447</sup>

El texto de la reforma propuesta por la Comisión a la Sala del Senado es el siguiente:

“Artículo 82.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

1º Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación;

2º Ejercer el control de constitucionalidad de los autoacordados dictados por la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y Tribunal Calificador de Elecciones, que versen sobre materias constitucionales o propias de ley orgánica constitucional;

3º Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de un proyecto de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;

4º Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;

5º Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones;

6º Declarar la inaplicabilidad de todo precepto legal contrario a la Constitución, por motivo de forma o de fondo, que corresponda aplicar en la decisión de cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial. El Tribunal Constitucional conocerá de estos asuntos en sala, la cual adoptará sus acuerdos por simple mayoría. La resolución que dicte sólo producirá efectos en los casos particulares en que se interponga la acción de inaplicabilidad. Ella podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar el Tribunal Constitucional la suspensión del procedimiento.

Después de tres fallos uniformes, el Tribunal, por los dos tercios de sus miembros, en pleno, de oficio o a petición de parte, declarará la inconstitucionalidad del precepto legal respectivo, con efectos generales.

7º Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda o dicte un decreto inconstitucional;

8º Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 88;

9º Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo, la responsabilidad de las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, en conformidad a lo dispuesto en los párrafos sexto, séptimo y octavo del número 15º del artículo 19 de esta Constitución. Sin embargo, si la persona afectada fuere el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio;

10º Informar al Senado en los casos a que se refiere el artículo 49 número 7) de esta Constitución;

11º Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia;

12º Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones;

13º Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios;

14º Calificar la inhabilidad invocada por un parlamentario en los términos del inciso final del artículo 57 y pronunciarse sobre su renuncia al cargo, y

15º Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60.

En el caso del número 1º, la Cámara de origen enviará al Tribunal

Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquél en que quede totalmente tramitado por el Congreso.

En el caso del número 2º, la Corte Suprema, las Corte de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones enviarán al Tribunal Constitucional dentro de los cinco días siguientes a su aprobación el respectivo autoacordado.

En el caso del número 3º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley. Respecto de los tratados, dicho requerimiento podrá formularse hasta treinta días después de aprobado su texto por el Congreso. Para formular el requerimiento no será necesario que quienes lo deduzcan hayan efectuado reserva de su derecho durante la tramitación del proyecto, como así tampoco que hubieran votado en contra del precepto cuestionado.

El Tribunal deberá resolver dentro del plazo de diez días contado desde que reciba el requerimiento, a menos que decida prorrogarlo hasta por otros diez días por motivos graves y calificados.

El requerimiento no suspenderá la tramitación del proyecto, pero la parte impugnada de éste no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo referido, salvo que se trate del proyecto de Ley de Presupuestos o del proyecto relativo a la declaración de guerra propuesta por el Presidente de la República.

En el caso del número 4º, la cuestión podrá ser planteada por el Presidente de la República dentro del plazo de diez días cuando la Contraloría rechace por inconstitucional un decreto con fuerza de ley. También podrá ser promovida por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio en caso de que la Contraloría hubiere tomado razón de un decreto con fuerza de ley que se impugne de inconstitucional. Este requerimiento deberá efectuarse dentro del plazo de treinta días, contado desde la publicación del respectivo decreto con fuerza de ley.

En el caso del número 5º, la cuestión podrá promoverse a requerimiento del Senado o de la Cámara de Diputados, dentro de diez días contados desde la fecha de publicación del decreto que fije el día de la consulta plebiscitaria.

El Tribunal establecerá en su resolución el texto definitivo de la consulta plebiscitaria, cuando ésta fuere procedente.

Si al tiempo de dictarse sentencia faltaren menos de treinta días para la realización del plebiscito, el Tribunal fijará en ella una nueva fecha comprendida entre los treinta y los sesenta días siguientes al fallo.

En el caso del número 6º, párrafo primero, la acción podrá ser deducida de oficio por el tribunal que conoce de la gestión y por quien sea parte en ella, antes de la sentencia.

Habrá acción pública para requerir al Tribunal respecto de la atribución que se le confiere en el número 6º, párrafo segundo.

En los casos del número 7º, la cuestión podrá promoverse por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado o dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que el Presidente de la República debió efectuar la promulgación de la ley. Si el Tribunal acogiera el reclamo, promulgará en su fallo la ley que no lo haya sido o rectificará la promulgación incorrecta.

En el caso del número 10º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Senado.

En el caso del número 11º, el requerimiento deberá ser deducido por cualquiera de las autoridades o tribunales en conflicto. El Tribunal Constitucional conocerá de las contiendas en pleno. Tratándose de contiendas que se susciten entre las autoridades

- a) Declarar la inaplicabilidad de todo precepto legal contrario a la Constitución, por motivo de forma o fondo, que corresponda aplicar en la decisión de cualquier gestión que se siga ante un tribunal. Cuando esta declaración de inaplicabilidad se reitere por tercera vez respecto de una misma norma, ésta perderá todo efecto.
  
- b) Ejercer el control de constitucionalidad de los autoacordados dictados por la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y Tribunal Calificador de Elecciones, que versen sobre materias constitucionales o propias de ley orgánica constitucional.
  
- c) Resolver las contiendas de competencias que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia.

---

políticas o administrativas y tribunales superiores de justicia, no integrarán el pleno los ministros mencionados en la letra a) del artículo 81.

Habrá acción pública para requerir al Tribunal respecto de las atribuciones que se le confieren por los números 9º y 12º de este artículo.

Sin embargo, si en el caso del número 9º, la persona afectada fuere el Presidente de la República o el Presidente electo, el requerimiento deberá formularse por la Cámara de Diputados o por la cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

En el caso del número 13, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República o de no menos de diez parlamentarios en ejercicio.

En el caso del número 15º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras, efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado.

El Tribunal Constitucional podrá apreciar en conciencia los hechos cuando conozca de las atribuciones indicadas en los números 9º, 10º y 12º, como, asimismo, cuando conozca de las causales de cesación en el cargo de parlamentario”.

d) Pronunciarse sobre la renuncia presentada a un cargo parlamentario.

De la extensa reglamentación del artículo reformado, sigue ausente, como dijimos, una visión más completa y garantista de nuestra judicatura constitucional. Este punto, creemos conveniente que se incorpore al texto, como misión del Tribunal Constitucional, el velar por la supremacía constitucional y el pleno respecto a los derechos y garantías de las personas, señalando que éste junto al constituyente son los supremos intérpretes de la Constitución.

Lo anterior, implicaría asumir derechamente el nuevo e importante rol que tiene el Tribunal Constitucional hoy día tanto en Europa como en algunos países iberoamericanos, según lo expusimos extensamente en el capítulo segundo de esta memoria. Implica también, que de una vez por todas, nuestro país y en especial nuestras autoridades aprendan a “tomarse la Constitución en serio”, ya no solo como ejercicio del poder o soberanía, sino además, como corolario y síntesis de la protección y promoción de los derechos humanos.

A nuestro juicio, el aporte más importante del proyecto de reforma constitucional en esta materia, es sin duda, el traspaso del conocimiento de la acción de inaplicabilidad por inconstitucional desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional, hecho que significará el término del modelo

concentrado con dualidad de judicatura actualmente imperante en el control de constitucionalidad de las leyes, a un modelo concentrado sin apellidos. Sin embargo, hacemos presente la necesidad de reformular dicha acción constitucional, no solo para dejar claro que corresponde a ella analizar tanto la inconstitucionalidad por vicios de forma o fondo de la ley, sino por que además debe permitir el control de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, tanto de ejecución de ley como la potestad reglamentaria autónoma para aquellas materias que conforme al artículo 60 de la Constitución no son propias del dominio legal.

Se podrá rebatir a lo venimos señalando que la normativa constitucional actualmente vigente, y que se mantiene en el proyecto de reforma, contempla esta posibilidad pero sólo dentro de ciertos plazos y con legitimación activa restringida para las autoridades y poderes allí establecidos (Artículo 82 N° 5 del texto vigente y Artículo 82 N° 7 del proyecto de reforma), hecho que vulnera a nuestro juicio el derecho fundamental de las personas a la tutela jurisdiccional de la supremacía constitucional.

Similar criterio de control por medio de la acción de inaplicabilidad sostenemos respecto a los autos acordados emanados de los Tribunales Superiores de Justicia como del Tribunal Calificador de Elecciones. No podemos olvidar en este punto que el procedimiento de la acción constitucional

de protección de derechos individuales consagrada en el artículo 20 de nuestro texto constitucional está regulada mediante auto acordado de la Corte Suprema de Justicia y a nuestro juicio es abiertamente inconstitucional.

Asimismo, rechazamos toda posibilidad de funcionamiento en salas del Tribunal Constitucional. La experiencia en nuestra patria ha demostrado lo pernicioso de tal funcionamiento en nuestra Corte Suprema, tanto en materia de protección de derechos constitucionales como de casación, por lo que pretender un funcionamiento en salas del Tribunal Constitucional, acarreará, diversidad de jurisprudencia y lesión tanto al derecho a la igualdad en la ley como de igualdad en la justicia, amparados por nuestra Constitución en sus artículos 19º Nº 2 y 3 del texto actualmente vigente.

Lo anterior lleva a sostener, forzosamente, que la declaración de inaplicabilidad de una ley, de la potestad reglamentaria del Presidente de la República o de un auto acordado de la Corte Suprema o del Tribunal Calificador de Elecciones, debe tener efectos generales expulsando del ordenamiento jurídico la norma inconstitucional, efectos que deben producirse apenas fallada la acción de inaplicabilidad, y no esperarse un pronunciamiento en pleno del Tribunal luego de tres fallos uniformes en este punto, como propone el proyecto de reforma.

Lo anterior implica lesionar no sólo la dignidad del Tribunal Constitucional, sino que, además, hace más oneroso el acceso a la justicia, pues obliga a todo litigante a recurrir al Tribunal Constitucional para obtener un similar pronunciamiento de inaplicabilidad mientras el pleno no acepte, luego de tres fallos consecutivos y uniformes, declarar la inaplicabilidad general de la norma jurídica impugnada.

Por último, y con relación al Tribunal Constitucional, se propone la modificación del artículo 83 del texto constitucional<sup>448</sup>, norma que en sus dos primeros incisos consideramos adecuada, pero que en su inciso tercero resulta innecesaria e incoherente con la modificación a la acción de inaplicabilidad del mismo proyecto de reformas.

Por su parte y para terminar con este apartado de reformas al sistema de justicia constitucional, debemos señalar que con relación al Capítulo VI de la Constitución, denominado del “Poder Judicial” el proyecto de reformas contempla la derogación del artículo 80, referido a la acción de la

---

<sup>448</sup> El texto del nuevo artículo 83 propuesto es el siguiente:

“Artículo 83.- Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido.

Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate. En los casos de los números 5º y 12º del artículo 82, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el sólo mérito de la sentencia del Tribunal Constitucional que acoja el reclamo.

Resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia”.



inaplicabilidad; la sustitución de la oración final del inciso segundo del artículo 77, estableciendo una excepción a la edad de cesación del cargo de los jueces tanto para el Presidente de la Corte Suprema como para los ministros miembros del Tribunal Constitucional, con el objeto de asegurar la permanencia temporal de éstos en sus altas funciones; se eleva el número de ministros de la Corte Suprema de 21 a 24, para permitir la integración exclusiva de tres de ellos en el Tribunal Constitucional; y la modificación en el inciso primero del artículo 79 de la frase “tribunales militares de tiempo de guerra”, por “tribunales militares en tiempo de guerra”, eliminando su inciso final referido a las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas y administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado, conocimiento y resolución que entrega el proyecto de reformas al Tribunal Constitucional.

**BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO.-**

ATRIA, FERNANDO. *“Los peligros de la Constitución”*. Cuadernos de análisis jurídico N° 36. Serie seminarios. Publicación de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales. Diciembre de 1997.

BRAVO LIRA, BERNARDINO en monografía *“Estudios sobre la judicatura chilena en los siglos XIX y XX”*, en Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Santiago 1976, número 19-20.

CAMPOS HARRIET, FERNANDO. *“Historia Constitucional de Chile”*. Séptima Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1999.

CAROCA PÉREZ, ALEX, monografía *“Reflexiones sobre las funciones de la Corte Suprema”*, Revista *“Ius et Praxis”*, Universidad de Talca, Talca 1998, número 1,

CASTEDO, LEOPOLDO. *“Chile, utopías de Quevedo y Lope de Vega”*. LOM Ediciones. 1ª edición. Santiago 1996.

CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, *“Influencia del Tribunal Constitucional en el proceso de institucionalización política”*, Revista Chilena de Derecho, Volumen XV, año 1988.

*“Constitución de 1980”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1981.

*“Dignidad, Derechos y Garantías en el Régimen Constitucional Chileno”*. Estudio introductorio en PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS. *“Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales”*. Colección de Estudios Número 5. Corporación nacional de Reparación y Reconciliación. Santiago 1995.

*“Reforma y Defensa del Tribunal Constitucional”*. Ponencia editada en la obra colectiva *“La Constitución Chilena ante la Reforma”*. GASTÓN GÓMEZ BERNALES editor. Cuaderno de Análisis Jurídicos. Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales. Santiago Mayo 1999.

*“El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis crítica”*. Editorial Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, año 1999.

COLOMBO CAMPPELL, JUAN. *“Los Actos Procesales”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago año 1998.

CUEVAS FARZEN, GUSTAVO, expresada en el artículo de fecha 13 de Marzo del año 2001 en el Diario El Mercurio de Santiago, Página 2 del cuerpo A, titulado *“Constitución de 1980”*.

CUMPLIDO, FRANCISCO. *“Los enclaves autoritarios en la Constitución chilena de 1980 y sus efectos en el régimen político”*. En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Konrad Adenauer Stiftung. CIEDLA. Edición 2000. Buenos Aires año 2000.

- EDWARDS, ALBERTO. *“La Fronda Aristocrática en Chile”*. Editorial Universitaria. 14° Edición. Santiago 1993.
- EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE. *“Chile hacia una Constitución Contemporánea. Tres reformas constitucionales”*. Editorial Jurídica de Chile. 1° Edición. Santiago 1973.
- EYZAGUIRRE, JAIME. *“Historia de las instituciones políticas y sociales de Chile”*. Editorial Universitaria. 10° Edición. Santiago 1990.
- FAVOREU, LOUIS. *“Los Tribunales Constitucionales”*, traducción de Marc Carrillo, Editorial Ariel, Barcelona 1994.
- “Los Tribunales Constitucionales”* traducción de José Julio Fernández Rodríguez, en GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO Y FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO (coordinadores). *“La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”* (obra colectiva). Editorial Dykinson. Madrid 1997.
- GIDDENS, ANTHONY. *“La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia”*. Editorial Taurus. 1ª Edición Argentina Junio del año 2002.
- GODOY A. ÓSCAR. *“La transición chilena a la democracia pactada”*. En Revista de Estudios Públicos número 74. Editado por el Centro de Estudios Públicos. Santiago Otoño 1999.
- JIMÉNEZ BULNES, MANUEL. Artículo de opinión publicado en El Mercurio de Santiago, página A-2, con fecha 9 de febrero de 2001.
- JOCELYN-HOLT LETELIER, ALFREDO. *“La Independencia de Chile. Tradición, Modernización y Mito”*. Editorial Planeta/Ariel. Segunda Edición. Santiago de Chile.
- KANGISER, PABLO. Artículo publicado en el Diario El Mercurio de Santiago, página A-2, con fecha 17 de febrero de 2001.
- LARRAÍN CRUZ, RAFAEL. *“Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 23 de Diciembre de 1985 y el 16 de Junio de 1992”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1993.
- LOVEMAN, BRIAN y LIRA, ELIZABETH. *“Las suaves cenizas del olvido. Vía chilena de reconciliación política 1814-1932”*. Editado por LOM Ediciones. 2° Edición. Santiago 1999.
- LOVEMAN, BRIAN y LIRA, ELIZABETH. *“Las ardientes cenizas del olvido: Vía chilena de Reconciliación Política. 1932-1994”*. Editado por LOM Ediciones. 1° Edición. Santiago Junio del año 2000.
- LUCAS VERDUGO, PABLO. *“Curso de Derecho Político”*. Tomo II. Editorial Tecnos. Madrid año 1981.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, en su trabajo *“Jurisdicción Constitucional en Chile”*. GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO Y FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO

- (coordinadores). *“La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”* (obra colectiva). Editorial Dykinson. Madrid 1997.
- PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS. *“Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales”*. (Presentación y estudio introductorio por José Luis Cea Egaña). Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Santiago 1996.
- PFEFFER URQUIAGA, EMILIO. *“La supremacía constitucional y su control: el caso chileno”*, artículo publicado en la revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Central. Número 1° Enero a Junio 1991.
- PRECHT PIZARRO, JORGE. *“Derogación tácita e inaplicabilidad: Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile (1987-1995)”*. Ponencia en *“La Constitución Chilena ante la Reforma”*, GASTÓN GÓMEZ BERNALES editor. Cuaderno de Análisis Jurídicos. Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales. Santiago Mayo 1999.
- RUBANO LAPASTA, MARIELA. REVISTA DE DERECHO. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile. Volumen VIII. Valdivia. Diciembre de 1997.
- SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO. *“Tratado de Derecho Constitucional”*. Principios. Estado y Gobierno. Tomo III. *“La Constitución de 1980. Antecedentes y génesis”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1997.
- SUÁREZ CROTHERS, CHRISTIAN. *“El Fantasma del Estado Legislativo como obstáculo al Estado Jurisdiccional de Justicia Constitucional. Reflexiones sobre el sistema de control de constitucionalidad en Chile”*. Revista *Ius et Praxis*. Universidad de Talca. Talca 1998. Número 1°.
- SUBERCASEAUX, BENJAMÍN. *“Chile o una loca geografía”*. Editorial Universitaria. Séptima Edición. Santiago de Chile año 1989.
- VALENZUELA SOMARRIVA, EUGENIO. *“Repertorio de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 11 de Marzo de 1981 – 10 de Marzo de 1989”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1989. Prólogo de José Luis Cea Egaña.
- VERDUGO M, MARIO, PFEFFER URQUIAGA, EMILIO y NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *“Derecho Constitucional”*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1994.
- VERDUGO MARINCOVICH, MARIO, Y GARCÍA BARZELATO, ANA MARÍA, Manual de Derecho Político. Tomo I. Las Instituciones Políticas. Editorial Jurídica de Chile. 2° Edición. Santiago 1994.
- ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO. *“La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Parte General”*. Biblioteca Americana. Universidad Andrés Bello. Santiago de Chile. Santiago año 2002.
- ZUÑIGA URBINA, FRANCISCO. *“Derecho Procesal Constitucional”*. Apuntes de Clases para el curso de especialización de Quinto Año de la Carrera de Derecho. “Derecho

Procesal Constitucional”. Central de Apuntes. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago año 1998. Inédito.

*“Acciones y Recursos constitucionales”*. Apuntes de clases para el curso de especialización de Quinto año de la Carrera de Derecho “Derecho Procesal Constitucional”. Central de Apuntes. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago año 1998. Inédito.

**CAPITULO FINAL.-**

**5.- CONCLUSIONES.**

## **CONTENIDO:**

*5.1.- Recuento y esquematización de materias. 5.2.- Hacia un Estado Social y Democrático de Derecho: 5.2.1.- Metas y desafíos del Juez Constitucional en Chile. 5.2.2.- Propuestas para una reforma pendiente. 5.2.2.1.- Poder Judicial en Chile. Bases para una reforma. 5.2.2.1.1.- Control de constitucionalidad de las leyes y otros cuerpos normativos. 5.2.2.1.2.- Control de eficacia de los Derechos Fundamentales. 5.2.2.2.- Tribunal Constitucional como Guardián de la Constitución. 5.2.2.2.1.- Generalidades. 5.2.2.2.2.- Modificaciones que solo pueden ser introducidas mediante reforma constitucional. a).- La integración del Tribunal Constitucional.- b).- Atribuciones del Tribunal Constitucional.- 5.2.2.2.3.- Modificaciones que pueden realizarse mediante reformas constitucionales como por medio de la interpretación sustantiva y viva de la Constitución. a).- En cuanto a la norma de referencia: Jerarquía Constitucional de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. b).- En cuanto a las manifestaciones de inconstitucionalidad sujetas a control: tanto los vicios de fondo como de forma permiten la declaración de inconstitucionalidad de la ley. c).- En cuanto a la derogación tácita u orgánica y la inconstitucionalidad sobreviniente. 5.3.- Conclusión y síntesis.*

### 5.1.- **RECuento**.-

Al llegar al final de esta memoria, vale la pena recordar los aspectos más importantes a tener en cuenta para el estudio de la Justicia Constitucional y que hemos desarrollado en los capítulos pasados. Así, todo estudiante o estudioso, que quisiera entrar al análisis de esta materia, debiera considerar los pasos que hemos seguido para desarrollar los distintos elementos y temas de la Justicia Constitucional, tanto en la historia institucional como en la Teoría Constitucional, de los principales ordenamientos jurídicos del mundo –léase Inglaterra, Estados Unidos, Europa Continental y Latinoamérica– y, por cierto, también en realidad institucional chilena.



Tengamos presente que los presupuestos básicos que guiaron todo este trabajo, que le sirvieron de base, pero que al mismo tiempo se fueron modelando y tomando fuerza a través de él se pueden sintetizar en las siguientes ideas. El primer presupuesto necesariamente es el Principio de Supremacía de la Constitución por sobre todo el ordenamiento jurídico, siendo el contenido de aquella esencialmente garantista, pues, más allá del mero ordenamiento de poderes, su fundamento y fin es el reconocimiento, promoción y protección de los valores más importantes de la comunidad y, especialmente, del Estado de Derecho, del Régimen Democrático, y de los Derechos Humanos Fundamentales de las personas.

Siendo así nuestro segundo presupuesto es la necesidad imperiosa de defender la Constitución. Pero hemos llegado a la profunda convicción que dicha defensa, que fue entregada a los órganos políticos en algún tiempo, para ser eficaz debe entregarse, dentro de un sistema de guarda jurisdiccional de la Constitución, a un Juez Constitucional, especializado, independiente y con conciencia el gran poder del cual está investido y del rol que juega en un Estado de Derecho.

En otras palabras, ya iniciábamos esta obra teniendo como base la Supremacía de la Constitución, la necesidad de una guarda jurisdiccional de la misma, y que dicha guarda o tutela debía ser entregada a un Juez

Constitucional que se erige como el auténtico Guardián de la Constitución. Pero no nos podíamos solamente quedar ahí, requeríamos comprobarlo suficientemente en la Historia Institucional y en la Teoría Constitucional, en el globo y también en Chile.

Podemos decir con propiedad que defender la Constitución no es sólo mantener la vigencia de una más de las normas jurídicas que existen dentro de un ordenamiento jurídico. Tampoco significa solamente defender la unidad y coherencia lógica de un ordenamiento jurídico positivo que tiene en la Constitución su norma cúspide. Defender la Constitución significa defender los cimientos del Estado de Derecho, del Régimen Democrático y los Derechos Fundamentales. Esta labor la realiza el Juez Constitucional, la cual no es una labor *neutra*, ni mucho menos; es una misión con un fuerte contenido varólico y una marcada connotación política. Así las cosas, el Juez Constitucional, tampoco es neutro, no es un legislador negativo, es un órgano público, jurisdiccional, independiente y autónomo de todos los demás órganos del Estado, pero que, además, cumple un rol esencial en el engranaje del Estado de Derecho, y por tanto, cumple una función política que debe encontrarse legitimada y enraizada en la realidad política, económica, social y cultural de un país. Por ello decimos que el juez constitucional realiza, más que una labor jurisdiccional, una labor *magistral*.

Para realizar esta labor, el juez constitucional debe manejar una serie de herramientas que le entrega el ordenamiento jurídico como el Derecho. De ahí que al estudiar la tutela o guarda de la Supremacía Constitucional, en la Historia y luego en la Teoría, tuvimos la oportunidad de adentrarnos en una serie de otros elementos íntimamente ligados con la Constitución y al Juez Constitucional, que no han tenido un tratamiento conjunto y armónico ni en la doctrina ni en la legislación.

En efecto, los temas del conflicto constitucional, jurisdicción constitucional, la Constitución como norma de referencia o *decisoria litis* del juez constitucional, sentencia constitucional, en fin, todos los temas estudiados a lo largo de los Capítulos vemos que se pueden tratar como una sola unidad conceptual, dentro del término “Justicia Constitucional”. Todos los cuales son en definitiva articulados e interrelacionados por el trabajo del Juez Constitucional, y concretados por éste en sus sentencias.

Pero todas estas ideas que hemos venido repitiendo desde el principio, solamente es la antesala necesaria para el objeto central de nuestro trabajo, que no es más que ver el funcionamiento de la Justicia Constitucional, y en particular del Juez Constitucional, en Chile.

En efecto, de nada nos sirve tener tantos conceptos claros con relación a la guarda de la Constitución, con la labor del Juez Constitucional, si no podemos reconocerlos también en nuestra realidad política-institucional. Pero reconociéndolos debemos también señalar cuales son las directrices que se deben seguir para acercar el *ser* al *deber ser* en materia de Justicia Constitucional.

Consideramos que, al igual que en los demás partes del globo, nuestro país participa del fuerte surgimiento –y a esta altura consolidación– de la Justicia Constitucional, pero, como hemos tenido la oportunidad de destacar, con varios puntos débiles. Hemos insinuado varias modificaciones necesarias tanto a nuestro ordenamiento jurídico, como también a nuestra forma de ver y sentir la Constitución y la función del Juez Constitucional, es decir, a nuestra conciencia constitucional.

Las primeras se pueden llevar a cabo mediante las pertinentes reformas constitucionales, legales y administrativas –algunas ya en marcha– que vinieran al caso; pero si éstas no se producen, el crecimiento de la Constitución y de las demás instituciones que se relacionan con ella, puede realizarse mediante una interpretación viva y sustantiva del Juez Constitucional.

Pero las segundas solo serán posibles mediante el trabajo exhaustivo y metódico de todos los actores involucrados en la Justicia Constitucional, especialmente por cierto, del Juez Constitucional.

A continuación las reformas pendientes y necesarias.

## **5.2.- HACIA UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.-**

### **5.2.1.- METAS Y DESAFÍOS DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN CHILE.-**

Mucho hemos hablado de la misión del Juez Constitucional como guardián de la Constitución, como defensor de los Derechos Fundamentales, de su connotación política, de su posición gravitante en el engranaje del Estado de Derecho y del Régimen Democrático. Pero ¿qué efectivamente ha logrado el juez constitucional chileno en todas estas importantes funciones?, y, seguidamente, ¿qué requiere el juez constitucional chileno para llegar a la posición que le corresponde a la luz los presupuestos que hemos desarrollado a través de esta memoria?.

La primera pregunta algo la hemos contestado a lo largo de nuestro trabajo.

Nuestra historia institucional, que no escapa de la vivida por Europa y América Latina, lentamente reconocimos la introducción de mecanismos de control jurisdiccional de la Supremacía Constitucional, mediante la inclusión en la Carta de 1925 de la Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de la Ley, entregando su conocimiento y fallo a la Corte Suprema de Justicia, sistema que en términos generales se mantiene igual hasta nuestros días. Así se dan los primeros pasos en la construcción de un sistema de Justicia Constitucional en Chile, independiente de los controles políticos de la Constitución existentes desde nuestra independencia, los que se tornan más firmes luego del establecimiento de un Tribunal Constitucional en 1970, que reaparece una década más tarde en la nueva Constitución de 1980.

Digamos en relación con la Corte Suprema que se establece como Juez Constitucional ordinario, dentro de un modelo concentrado de control de constitucionalidad de la ley, con efectos relativos o inter partes. Investir a un órgano del Poder Judicial como Juez Constitucional, sigue en parte una tradición que se repite en muchos países latinoamericanos, pero que se contrapone con la tradicional desconfianza en los jueces ordinarios –incluso en los de más alta jerarquía– para defender la Constitución que, desde la Revolución de 1789, se impone en Francia y en el resto de la Europa continental. También llama la atención que, si bien se instaura un control

concentrado, al mismo tiempo se le asigna a la sentencia constitucional un efecto solo relativo, privándola de cualquier efecto general.

Quizás todos los problemas que hemos apuntado en torno a la entrega del control constitucional a jueces ordinarios, así como, la carencia de efectos generales en las decisiones del juez constitucional, se presentan en nuestra historia institucional desde la introducción de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley. En efecto, sentencias contradictorias, reticencia – o quizás timidez– en aplicar la Constitución por sobre la ley y de defender los derechos fundamentales sobre los abusos de poder, y una jurisprudencia en que solamente el vicio de fondo permite la declaración de inconstitucionalidad de una ley, son los más visibles defectos de la labor del nuestro máximo Tribunal en el ejercicio de la función de Juez Constitucional.

El Tribunal Constitucional, por su parte, fue introducido en circunstancias históricas bien determinadas, y cuyo fin primordial no era controlar la constitucionalidad de los actos de los poderes del Estado, sino que controlar o limitar al Parlamento, y anexo a él, poder dirimir los conflictos que pudieran suscitarse entre el ejecutivo y el resto de los poderes –legislativo y judicial– y en ese sentido creemos que su objetivo se acercaba un poco al que tuvo, en su origen, el *Conseil Constitutionnel* francés, en cuanto control de la competencia de los órganos políticos. Pero este Tribunal Constitucional fenece junto al

régimen institucional existente en 1973, para reaparecer con otro carácter en 1980, junto a una nueva Constitución.

En esta segunda vida, el Tribunal Constitucional chileno se encuentra investido de un poder de control de carácter jurisdiccional y una función bastante más cercana al de Guardián de la Constitución, pero con la limitación de encontrarse en un régimen de facto, además de los serios problemas de legitimidad frente a la comunidad, a causa de la forma como fue aprobada la Constitución de 1980, y atendida también la forma de su integración, en particular la influencia de las Fuerzas Armadas, de Orden y de Seguridad, y la presencia de Ministros activos de la Corte Suprema. Todo ello sumado a los fallos que aplicaban el hoy derogado artículo 8° de la Carta de 1980, con marcado signo ideológico.

Pero con todo ello y a pesar de las limitaciones y problemas señalados, este Tribunal Constitucional, se las arregló para desempeñar, desde temprano, un trabajo a la altura de la misión que en teoría tiene dentro de un Estado que se aprecia o se pretende de Derecho. En efecto, ya en sus primeros años de funcionamiento destacó el valor normativo de la Constitución, exigió al gobierno militar de la época que el plebiscito de 1988, y luego el referéndum de 1989, se realizara en forma clara y transparente, con un Tribunal Calificador de Elecciones



en funcionamiento, y no de la forma que fue realizado el referéndum que aprobó la Constitución en 1980.

Sin restarle mérito a estos hitos, verdaderamente es en Democracia donde el Tribunal Constitucional puede cumplir sus propósitos, pero sigue pesando sobre su espalda los problemas que arrastra desde su origen y que no han sido satisfactoriamente solucionados: la limitación de sus funciones —no puede ejercer el control posterior de constitucionalidad de las leyes—, falta de legitimidad por su integración, influencia del mundo militar, la presencia de jueces ordinarios activos, y, por sobre todo, una falta de reconocimiento de la comunidad de la importancia de sus funciones. Como dijimos hace un momento, los primeros problemas pueden solucionarse con reformas constitucionales, legales y administrativas, o con la labor misma del Tribunal Constitucional; pero el último problema planteado solamente se resuelve con un crecimiento de nuestra conciencia constitucional.

Actualmente tenemos una magistratura constitucional mixta o compleja, de doble judicatura, en el sentido que existe un Juez Constitucional ordinario: La Corte Suprema de Justicia, y un Juez Constitucional especializado: el Tribunal Constitucional. Pero creemos que reforzar las atribuciones del Tribunal Constitucional es el camino a seguir para alcanzar los objetivos deseados y

para que nuestro Juez Constitucional desarrolle efectivamente una *labor magistral* de defensa de la Constitución.

Seguiremos el orden planteado, estudiado por separado las modificaciones que a nuestro juicio deben introducirse en el Poder Judicial, particularmente en la Corte Suprema, y luego las reformas pertinentes al Tribunal Constitucional.

## **5.2.2.- PROPUESTAS PARA UNA REFORMA PENDIENTE.-**

### **5.2.2.1.- Poder Judicial en Chile. Bases para una reforma.**

#### **5.2.2.1.1.- Control de constitucionalidad de las leyes y otros cuerpos normativos.-**

A diferencia de lo que diremos respecto del Tribunal Constitucional chileno, creemos que debe existir una reforma estructural en el Poder Judicial y a las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, en el ámbito de su competencia como Juez Constitucional, que necesariamente pasa por modificar la Constitución y las leyes que regulan la materia.

En efecto, si bien la entrega del control de constitucionalidad de las leyes a la Corte Suprema resulta coincidente con la solución que se da en otros países de América Latina, también es cierto que surte los efectos deseados y esperados de un control de constitucionalidad.

Sin querer caer en reiteramientos, recordemos lo dicho en relación con la inconveniencia de entregar el control de la Constitución a los tribunales ordinarios de justicia, aun cuando sea el Tribunal Supremo del Poder Judicial, por eso creemos necesario trasladar muchas de las funciones de la Corte Suprema como Juez Constitucional al Tribunal Constitucional. Dicho traslado no puede realizarse mediante un trabajo de interpretación de las normas constitucionales y legales, sino que requiere de una reforma constitucional y legal.

El conocimiento y fallo de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por parte de la Corte Suprema, como forma de ejercer un control abstracto pero relativo de constitucionalidad de las leyes, debe ser suprimida de la Carta Fundamental, así como las atribuciones entregadas a ella para dirimir contiendas de competencias entre algunos órganos del Estado.

Respecto del control de la constitucionalidad de las leyes, la doctrina nacional apunta en dos direcciones<sup>449</sup>.

La primera dice relación, no con el órgano de control, que se mantiene en la Corte Suprema, sino con los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la ley. Del actual efecto relativo, solo aplicables al caso concreto, debe pasar a tener efectos generales y la ley declarada inconstitucional debe salir del ordenamiento jurídico positivo. Para obtener dicho efecto general, la declaración de inconstitucionalidad, eso sí, no puede ser aislada, sino que debe encontrarse respaldada en una jurisprudencia uniforme, consistente en tres fallos consecutivos y uniformes recaídos ante presupuesto iguales o similares<sup>450</sup>.

No compartimos dicha postura, pues por lógica y por la coherencia del sistema, no existe fundamento para que el control de constitucionalidad de las leyes sea repartido entre dos órganos diferentes, un control previo en el Tribunal Constitucional con efectos generales, y un control posterior radicado en la Corte Suprema, que también tendría o debería tener efectos generales. La postura recién señalada solo es una solución parcial al problema, creemos mucho más coherente y más eficaz la segunda posición de la doctrina, que

---

<sup>449</sup> RUBANO LAPASTA, MARIELA. Ob. Cit. Página 103.

<sup>450</sup> Esta misma postura ya la tuvo la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y el Consejo de Estado, pero en definitiva retirada del proyecto definitivo. Reitera la misma postura dos décadas más tarde la ya citada RUBANO LAPASTA, MARIELA. Ob. Cit. Página 107.

consiste sencillamente en entregar todo el control de constitucionalidad de las leyes, sea previo o posterior, a un solo órgano, que por su grado de especialización debe ser el Tribunal Constitucional<sup>451</sup>.

El proyecto de reforma constitucional que se encuentra actualmente tramitándose en el Congreso Nacional<sup>452</sup>, como tuvimos oportunidad de apuntarlo, camina hacia buen puerto ya que efectivamente se entrega todo el control de constitucionalidad de las leyes, tanto preventivo como a posteriori al Tribunal Constitucional, pero peca en este punto de serios problemas, los cuales comentaremos más adelante cuando nos refiramos a las reformas pendientes para el Tribunal Constitucional.

#### 5.2.2.1.2.- Control de eficacia de los Derechos Fundamentales.

Ahora bien, en cuanto al control de eficacia de los derechos fundamentales, no podemos decir lo mismo que en relación con el control de constitucionalidad de las leyes. Dicho control, que actualmente se encuentra entregado en primera instancia a las Cortes de Apelaciones y en última

---

<sup>451</sup> Postura también mencionada en *Ibid.* Página 111.

<sup>452</sup> Ver apartado 4.2.4.3 del Capítulo IV de esta memoria, y texto del artículo 82 que propone la Comisión de Constitución, Legislación de Justicia del Senado, transcrito en la nota al pie número 447 en el mismo Capítulo.

instancia a la Corte Suprema, debe permanecer en los mismos órganos jurisdiccionales, en sus calidades de jueces constitucionales.

Sin olvidar todo lo dicho en cuanto a reforzar las atribuciones del Tribunal Constitucional, creemos que esta postura es la más acertada, por las siguientes razones:

Resulta imprescindible para el restablecimiento de los derechos fundamentales mermados o violados, que la acción del Juez Constitucional sea rápida y eficaz. Ello solo puede ser posible si existen varios jueces constitucionales que permitan abarcar todo el territorio del Estado. Sin tan solo existiera un juez constitucional en todo el País, éste no podría atender todos y cada uno de los requerimientos de los lugares más lejanos en forma rápida, por eso no podemos concentrar también el control de eficacia de los derechos fundamentales en el Tribunal Constitucional, ya que se tornaría inoperante.

Las Cortes de Apelaciones, como tribunales “base” en materia de acciones y recursos de eficacia de los Derechos Fundamentales, tienen una mayor cercanía física con la base de la comunidad en cada uno de sus respectivos territorios jurisdiccionales, por ello tendrían un mayor y más eficaz poder de reacción ante la violación de un Derecho Fundamental.

Pero así como apoyamos la necesidad de mantener a las Cortes de Apelaciones como los órganos de control constitucional en su primera instancia, es necesario, para uniformar la jurisprudencia, así como para generalizar los criterios de interpretación, que exista una instancia sobre las decisiones de las respectivas Cortes de Apelaciones. Actualmente se encuentra en la Corte Suprema de Justicia, la cual puede mantenerse así, pero con modificaciones a su actual forma de funcionamiento.

En efecto, actualmente la Corte Suprema funciona en salas y en pleno para conocer los diferentes asuntos de su competencia. Las acciones y recursos de control de eficacia de derechos fundamentales, en tiempos del funcionamiento extraordinario, son conocidas por todas las salas, entre las cuales se distribuyen de acuerdo a la Región –o mejor dicho de la Corte de Apelaciones de origen– de donde proviene el fallo de primera instancia que se debe revisar vía apelación.

Dicha forma de distribuir el conocimiento y fallo de las acciones y recurso de control de eficacia de los Derechos Fundamentales en última instancia, pudiera tener cierto fundamento en cuanto a la división de trabajo en el Máximo Tribunal, pero resulta totalmente contraproducente para mantener la unidad de criterios y de jurisprudencia, además, atenta con la especialización que igualmente debe tener el Juez Constitucional.

Consideramos que la forma de funcionamiento que anteriormente estaba vigente resultaba más coherente con los principios que deben informar la labor del juez constitucional, pues veía radicada la competencia en una sola sala, que se denominaba “*constitucional*”.

Creemos que debe ser ésta la fórmula para que la Corte Suprema siga conociendo en última instancia las acciones y recursos de control de eficacia de los derechos fundamentales, esto es, en una sala constitucional especializada, o en último caso por el pleno, pero nunca por diversas salas, para mantener y reforzar la unidad de la jurisprudencia constitucional en la materia. De todas maneras consideramos mejor la propuesta de una sala especializada y no el pleno, también por la mayor idoneidad en esta materia de los ministros permanentes que integran la sala constitucional, por sobre el pleno.

De esta forma podemos concluir que el Poder Judicial, en particular las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema deben mantenerse como jueces constitucionales solamente para el control de eficacia de los derechos fundamentales con la siguiente distribución de trabajo: Las diferentes Cortes de Apelaciones como jueces constitucionales en primera instancia, y la Corte Suprema, conociendo en una Sala Constitucional Especializada, como última instancia.



**5.2.2.2.- Tribunal Constitucional como Guardián de la Constitución.**

## 5.2.2.2.1.- Generalidades.-

Hemos dicho líneas atrás que las modificaciones que requiere nuestro Tribunal Constitucional en su integración, funcionamiento y atribuciones pueden ser llevadas a cabo mediante dos vías: La primera es, lisa y llanamente, mediante una reforma constitucional directa. La segunda mediante la interpretación constitucional.

En realidad todas las modificaciones pueden ser realizadas por la vía de las reformas, pero algunas deben ser realizadas de esa manera y otras pueden ser llevadas a cabo sin necesidad de ella y usando las mismas herramientas y normas constitucionales existentes hoy en día. Las primeras son las relativas a la estructura y atribuciones del Tribunal Constitucional, las otras más bien dicen relación con materias de fondo de sus atribuciones, que pueden ser desarrolladas mediante interpretación constitucional. Así lo veremos a continuación.

5.2.2.2.2.- Modificaciones que solo pueden ser introducidas mediante reforma constitucional.

a).- La integración del Tribunal Constitucional.-

Debe ser modificado el artículo 81 de la Constitución Política de 1980, en el sentido de suprimir la facultad del Consejo de Seguridad Nacional de nombrar dos abogados como Ministros del Tribunal Constitucional. Reiteramos los inconvenientes de permitir la influencia de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad, a través de Consejo de Seguridad Nacional, en la composición del Tribunal Constitucional.

Además, si deseamos que nuestro Tribunal Constitucional se encuentre legitimado ante la comunidad y ante los demás órganos del Estado, como el guardián de la Constitución, debe al mismo tiempo encontrarse integrado por personas, no solo de una gran calidad técnica, sino que cuyos nombramientos respectivos sean por órganos como mayor raigambre y tradición en nuestra sociedad civil: Presidente de la República, Congreso Nacional, Corte Suprema, pero en ningún caso el Consejo de Seguridad Nacional.

Por otra parte, si bien reconocer la tradición y raigambre de la Corte Suprema, no creemos conveniente que tres Ministros activos de la Corte

Suprema sean al mismo tiempo Ministros del Tribunal Constitucional. Sin embargo reconocemos que dentro de los órganos que deben designar algún Ministro del Tribunal Constitucional se encuentra la Corte Suprema de Justicia, pero que no sean miembros activos de ella.

También creemos que debe existir cierto equilibrio entre todos los órganos involucrados en el nombramiento de los Ministros del Tribunal Constitucional. Si reconocemos que los órganos de los tres poderes tradicionales del Estado –ejecutivo, encarnado en el Presidente de la República, legislativo a través del Congreso, o bien solo del Senado como es hasta ahora; y el Poder Judicial a través de la Corte Suprema de Justicia– deben nombrar los Ministros, al mismo tiempo llamamos la atención que deben hacerlo por igual número<sup>453</sup>, como ocurre en varios de los Tribunales Constitucionales europeos<sup>454</sup>.

Quizás nunca se puedan evitar totalmente las presiones e influencias del mundo político y judicial en el trabajo del Tribunal Constitucional, pero así al menos existiría un buen esfuerzo encaminado evitar mayores influencias de un órgano por sobre otro, y presentar una fórmula de nombramiento que al menos

---

<sup>453</sup> De hecho en el proyecto de reforma constitucional que ya se discute en el Congreso, se plantea que cada uno de los órganos ya señalados, deben elegir tres ministros del Tribunal Constitucional, el cual tendrá, por tanto, nueve ministros en total. Ver apartado 4.2.4.3 en la Segunda Parte del en el Capítulo IV de esta Memoria.

<sup>454</sup> Ver nota al pie número 365 en la Primera Parte del Capítulo IV de esta Memoria.

pretenda de representar a la comunidad a través de los diversos órganos del Estado.

Por todas estas consideraciones reiteramos nuestra negativa opinión en torno al proyecto de reforma constitucional propuesto por el Senado en este punto<sup>455</sup>, pues si bien es un gran acierto eliminar la facultad del Consejo de Seguridad Nacional para nombrar Ministros del Tribunal Constitucional, sigue siendo grave que se mantengan los Ministros activos de la Corte Suprema en su integración.

b).- Atribuciones del Tribunal Constitucional.-

Otro aspecto que necesariamente debe ser modificado e introducido por una reforma constitucional, es el haz de atribuciones del Tribunal Constitucional.

La competencia de este órgano está dada por la propia Constitución y aquél no puede por sí salirse de esta competencia. Por lo que para ampliarla debe existir previamente una reforma constitucional al respecto.

---

<sup>455</sup> Ver apartado 4.2.4.3 en el Capítulo IV de esta Memoria.

En efecto, siguiendo la línea argumental ya expuesta en relación con las modificaciones del Poder Judicial, debemos concluir que todo el control de constitucionalidad de las leyes, así como de otros cuerpos normativos, tanto previo –sobre los proyectos de ley– como posterior o represivo –sobre leyes que ya entraron en vigencia– debe ser entregado íntegramente al Tribunal Constitucional.

De esta forma nuestro sistema de control se radicaría en un solo Juez Constitucional especializado, independiente de todos los demás órganos del Estado, incluso del Poder Judicial. Nuestro un modelo de control se acercaría, entonces, al sistema concentrado clásico: un sólo Juez Constitucional conocería los conflictos constitucionales, mediante un proceso autónomo y vía principal – sin perjuicio de la posibilidad de promover una cuestión de constitucionalidad vía incidental, sea a través de los jueces ordinarios, actuando de oficio o a petición de parte, respecto de leyes que pudieran aplicar en los procesos concretos que conocen, o incluso la posibilidad de una acción directa o hasta popular ante el Tribunal Constitucional de cualquier persona para solicitar la declaración de inconstitucionalidad– y cuya decisión, en el caso de declarar la inconstitucionalidad de la norma en conflicto, tenga efectos generales e implique la desaparición de esa norma del ordenamiento jurídico.

En cuanto al efecto de la declaración de inconstitucionalidad en el tiempo, creemos que por lo dicho no podemos establecer efectos absolutamente retroactivos o absolutamente pro futuro.

En este punto, si bien consideramos que siempre debe tener efecto retroactivo, adherimos a que se entregue al Tribunal Constitucional la facultad de determinar los efectos en cuanto al tiempo de su decisión, con la flexibilidad necesaria para cada caso de acuerdo con la ley que se declare inconstitucional.

Pero tal como lo hemos repetido en varias oportunidades, la reforma constitucional que se encuentra para su aprobación en el Congreso Nacional, soluciona solo una parte de los actuales problemas en cuanto al control de constitucionalidad de las leyes y demás preceptos normativos.

Por cierto que le reconocemos el acierto de concentrar todo el control constitucional en el Tribunal Constitucional, así como ampliar las normas y cuerpos normativos sujetos a este control jurisdiccional de constitucionalidad. Sin embargo hay serios problemas sin resolver.

En primer término, la sentencia que declare que un precepto legal es inconstitucional no tiene efectos generales, sino inter partes, salvo que se solicite que el pleno del Tribunal Constitucional declare su inconstitucionalidad

con efectos generales, pero únicamente después que existan tres fallos uniformes en ese mismo sentido. Ya señalamos que no existe razón lógica ni jurídica, ni mucho menos práctica, para sostener dicha fórmula. Reiteramos que las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de un precepto legal deben, lisa y llanamente, tener efecto general, y expulsar del ordenamiento jurídico positivo a la norma en cuestión.

Se dirá que dicho problema se paliaría, en alguna forma, con la entrega a la comunidad de una acción popular para solicitar al pleno del Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucional con efectos generales previa dictación de tres fallos uniformes. Pero este problema no se soluciona con una acción popular, sino simplemente, como lo hemos apuntado, darle efectos generales a la sentencia del Tribunal Constitucional.

El segundo problema, tan o más grave de lo anterior, es que de aprobarse tal cual el proyecto en comento, el Tribunal Constitucional fallará en salas y no en pleno, con lo cual se pierde todo el avance que significa concentrar en un solo juez constitucional el control de constitucionalidad de las leyes, ya que cada sala podría –y de hecho así va a ser– tener criterios distintos para aplicar la misma norma constitucional, manteniendo vigente el problema de sentencias contradictorias y contrastes de tendencia.

En cuanto a las demás atribuciones o ámbitos de competencia del Tribunal Constitucional, creemos que debe seguir radicado en él el control de las demás las normas de jerarquía inferior a la ley, y además aumentar sus facultades para ejercer el mismo control de constitucionalidad sobre los Autos Acordados de la Corte Suprema cuando se refieran a materias normativas propias de ley, y también a los reglamentos de las Cámaras y del Congreso, así como los autos acordados del Tribunal Calificador de Elecciones.

Así las cosas, todas las normas jurídicas existentes en nuestro ordenamiento jurídico, cuyo rango sea inferior al de la Constitución, son objeto del control de constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional.

En cuanto a las demás materias que conoce actualmente el Tribunal Constitucional, nuestra postura es que debe seguir ejerciendo el Control Jurisdiccional de la Cláusula de Protección a la Democracia, así como los conflictos de competencia que se puedan presentar entre los distintos órganos del Estado entre sí, en especial entre los poderes del Estado –ejecutivo, legislativo y judicial–, incluyendo en estos, además, las contiendas que actualmente conoce la Corte Suprema y el Senado, suprimiendo de dichos órganos las facultades respectivas.



Aun cuando no corresponde propiamente a la Justicia Constitucional, toda la competencia consultiva del Tribunal Constitucional debe mantenerse, por la especialización y calidad técnica de este órgano, pues con ello le permite cumplir, además, con su función de supremo interprete de la Constitución, que no solamente lo plasma en sus sentencias a propósito de su actividad jurisdiccional, sino que además a través de sus informes.

Así las cosas, la mayoría de las materias de la Justicia Constitucional – por así decirlo la generalidad de los conflictos constitucionales, salvo el caso del control de eficacia de los Derechos Fundamentales que para nuestra opinión debería seguir en manos de las Cortes de Apelaciones en primera instancia y de la Corte Suprema en última– deben ser entregadas al Tribunal Constitucional, para su conocimiento y fallo.

La aprensión que puede surgir inmediatamente es si el aumento de las funciones y competencias del Tribunal Constitucional traería como consecuencia un colapso de éste por un exceso de trabajo –como ocurre en muchas materias en los tribunales ordinarios de justicia–, lo cual haría totalmente inoperante el sistema de Justicia Constitucional y la función de Guardián de la Constitución el Tribunal Constitucional no la cumpliría.

Creemos que no podemos pensar de esta forma antes de ver el real funcionamiento del Tribunal Constitucional, y no es posible que sea un argumento de este tipo el que impida una reforma constitucional sobre la materia en comento. El supuesto exceso de trabajo, en verdad, no sería más que la lógica consecuencia de la importante labor que realiza un Tribunal Constitucional dentro de un Estado de Derecho, y por tanto debemos tener *fe* y confianza en que este órgano estará a la altura de las circunstancias, pues así podrá, además, tomar efectivamente la función que está llamado a cumplir: ser el Guardián de la Constitución.

Creemos que el Tribunal Constitucional cumplirá cabalmente su misión.

5.2.2.2.3.- Modificaciones que pueden realizarse mediante reformas constitucionales como por medio de la interpretación sustantiva y viva de la Constitución.

a).- En cuanto a la norma de referencia: Jerarquía Constitucional de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

No resulta necesario que medie una reforma constitucional que expresa y categóricamente establezca que los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes tienen rango

constitucional, pues con las normas constitucionales existentes –artículo 5° de la Constitución Política de la República– además del aporte de la doctrina y jurisprudencia<sup>456</sup>, es perfectamente posible que el Tribunal Constitucional, mediante una interpretación coherente, sustantiva y viva de la norma constitucional, sienta la jurisprudencia del rango constitucional en Chile de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Es más, el Tribunal Constitucional, mediante el ejercicio de su función de supremo intérprete de la Constitución, puede realizar la misma obra jurisprudencial que el Conseil Constitutionnel francés en relación con el llamado Bloque de la Constitucionalidad, pero en Chile y teniendo como base normativa el artículo 5° de la Constitución.

b).- En cuanto a las manifestaciones de inconstitucionalidad sujetas a control: tanto los vicios de fondo como de forma permiten la declaración de inconstitucionalidad de la ley.

Lo mismo ocurre con el tipo de vicio que permita la declaración de inconstitucionalidad de la ley. Nos referimos a la posibilidad que el Tribunal

---

<sup>456</sup> Ver NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *“Las Constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos”*. Ob. Cit. En particular ver la doctrina y jurisprudencia citada por este profesor que apoyan la tesis sobre el rango constitucional de los Tratados de Derechos Humanos, páginas 204 y siguientes.

Constitucional, en el ejercicio de todo el control de constitucionalidad de las leyes –tanto previo como posterior– pueda declarar la inconstitucionalidad de una ley no solamente porque sustancialmente es contraria a la Carta Fundamental, sino también formalmente.

Ello reviste especial connotación en el control posterior o a posteriori de constitucionalidad, que en la actualidad se ejerce por la Corte Suprema mediante el conocimiento y fallo de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y que, en este punto, existe jurisprudencia en el sentido de solamente declarar la inconstitucionalidad cuando existe un vicio de fondo y no cuando exista un vicio de forma.

Pues bien, si trasladamos todo el control de constitucionalidad al Tribunal Constitucional, no hay razón –así como actualmente no vemos un fundamento plausible de la Corte Suprema– para no de diferenciar entre uno y otro vicio en el control de leyes vigentes o control posterior de constitucionalidad. Todo ello lo cual puede hacerse por la mera interpretación de las normas existentes sin reforma constitucional expresa, aun cuando sabemos que el proyecto de reforma constitucional actualmente en trámite ante el Congreso Nacional dirime este punto, y lo más probable es que así sea modificada en definitiva la Constitución.

c).- En cuanto a la derogación tácita u orgánica y la inconstitucionalidad sobreviniente.

Como otro tema doctrinario, también puede desarrollarse mediante una jurisprudencia del Tribunal Constitucional que todas las normas jurídicas existentes, hayan entrado en vigencia antes o después de la entrada en vigencia de la actual Constitución, son objeto de control de constitucionalidad. Ello pues no pueden existir normas jurídicas con rango inferior que la Constitución, que sean contrarias a ella y que sigan vigentes y aplicándose normalmente. La entrada en vigencia antes de la actual Constitución no es excusa para omitir a su respecto el control de constitucionalidad que debe ser ejercido por el Tribunal Constitucional.

Por cierto que no hablamos de derogación tácita u orgánica pues no es aplicable en materia de normas constitucionales respecto de las legales, sino de inconstitucionalidad sobreviniente de leyes que al entrar en vigencia bajo el imperio de una norma constitucional anterior era totalmente constitucional, pero se encuentra en contraposición respecto de una nueva norma constitucional.

Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad respecto de este tipo de leyes y la suerte que correrán los actos y otras normas celebrados y dictadas bajo el imperio de la ley inconstitucional deberá ser determinada

claramente por el Tribunal Constitucional, como ya lo dijimos líneas atrás en relación con el efecto retroactivo de las decisiones del Juez Constitucional.

### 5.3.- **CONCLUSIÓN Y SÍNTESIS.-**

Todas las modificaciones a nuestro ordenamiento jurídico constitucional, así como las modificaciones que podrían ser introducidas vía interpretación del Tribunal Constitucional, anteriormente señaladas, tienen en su conjunto el claro propósito de reforzar las atribuciones, y con ello el rol del Tribunal Constitucional en nuestro Estado de Derecho.

El Juez Constitucional que será capaz de guardar la Constitución, sin lugar a dudas, debe ser encarnado por el Tribunal Constitucional, el cual debe tener dentro de su ámbito de competencia, el conocimiento y fallo de la generalidad de los conflictos constitucionales –salvo aquellos que por las atendibles razones anteriormente expuestas deben seguir radicados en la Corte Suprema– y cuyas decisiones tienen fuerza obligatoria y vinculante para todos los órganos del Estado, grupos intermedios y personas.

Hemos dicho que el Tribunal Constitucional debe tener una serie de reformas, a las cuales ya nos abocamos, pero además expusimos que ello apunta a un fortalecimiento de su misión dentro de un Estado de Derecho y que

ello paralelamente va de la mano de un reconocimiento de toda la comunidad de la importancia de la labor del Tribunal Constitucional, y por ello también que se acatan sus decisiones por el convencimiento en la autoridad que tiene este Juez Constitucional, más allá de la fuerza obligatoria que poseen sus sentencias.

Este proceso, que implica el crecimiento de nuestra conciencia constitucional, evidentemente no se puede llevar a cabo mediante una mera reforma constitucional, creemos que se debe producir mediante el trabajo exhaustivo y metódico del propio Tribunal Constitucional. En efecto, los fallos, dictámenes e informes que pronuncia y emita el Tribunal Constitucional no solamente producirán una modificación en el ordenamiento jurídico positivo, también produce un inusitado efecto en la comunidad.

Recordemos que el Derecho puede producir no solamente cambios jurídicos, sino que también cambios sociales y culturales. Siguiendo esa línea, el trabajo del Tribunal Constitucional al defender la Constitución, y con ello defender los valores más importantes y esenciales de la comunidad, las bases del Estado de Derecho, del Régimen Democrático y por sobre todo de los Derechos Humanos Fundamentales, va produciendo, al mismo tiempo, un cambio lento, pero progresivo, de la forma de sentir y ver la Constitución por parte de la población.

Para ello, el Tribunal Constitucional no puede solo cumplir al pie de la letra sus funciones establecidas en la Carta Fundamental, debe tener conciencia de lo esencial que resulta su papel en un Estado de Derecho, ir más allá de todas ellas y desarrollar lo que ya hemos denominado una labor *magistral*.

Así se produce la simbiosis entre la labor del Tribunal Constitucional y el reconocimiento de su importancia y de la Constitución por parte de la comunidad.

Entre mejor cumpla el Tribunal Constitucional su función de supremo interprete de la Constitución, de adoctrinar y enseñar la norma constitucional, de integrar la norma constitucional, por más general, programática y retórica que sea, a la base de la comunidad, mayor será el crecimiento, maduración y desarrollo de la conciencia constitucional del país. Como efecto reflejo, entre mayor sea el crecimiento y la madurez de la conciencia constitucional de la comunidad –producto del trabajo del mismo Tribunal Constitucional–, mayor será el reconocimiento de ésta respecto de la función del Tribunal Constitucional, de la importancia de defender la Constitución, los fundamentos de un Estado de Derecho, de un Régimen Democrático, y de proteger y promover los Derechos Fundamentales.



En las circunstancias ya descritas, mayor será la legitimidad y autoridad del Tribunal Constitucional para seguir ejerciendo la guarda jurisdiccional de la Constitución respecto de los demás poderes del Estado, pues su respaldo no solamente estará en la letra y en el contenido de la norma constitucional, sino que, además, en el apoyo de toda la comunidad nacional.

## **BIBLIOGRAFÍA GENERAL.**

### **A.- MANUALES Y TRATADOS.-**

1. ATRIA, FERNANDO. *“Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la Jurisdicción Nacional”*. Escuela de Derecho. Universidad Diego Portales. Cuaderno de análisis jurídico n° 36. Santiago. Diciembre 1997.
2. BRAVO LIRA, BERNARDINO. *“Poder y respeto a las personas en Iberoamérica. Siglos XVI a XX”*. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso 1989.
3. BUSTOS CONCHA, ISMAEL. *“Justicia Constitucional”*. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago 1983.
4. CAMPOS HARRIET, FERNANDO. *“Historia Constitucional de Chile”*. Séptima Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1999.
5. CAPPELLETTI, MAURO. *“La Justicia Constitucional. Estudios de derecho comparado”*. Universidad Nacional Autónoma de México

Facultad de Derecho. Ciudad de México 1987.

6. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. *“Manual de Derecho Constitucional”*. Apuntes de clases. Santiago 1995-1996.
7. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. *“Síntesis Crítica de la Constitución”*. Facultad de Derecho. Universidad Austral de Chile. Valdivia 1999.
8. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. *“Teoría del Gobierno. Derecho Chileno y Comparado”*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago 2000.
9. COLOMBO CAMPBELL, JUAN. *“La Jurisdicción en el Derecho Chileno”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1991.
10. COLOMBO CAMPBELL, JUAN. *“Los Actos Procesales”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1997.
11. CRUZ VILLALÓN, PEDRO. *“La Formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1987.

12. EDWARDS, ALBERTO. *“La Fronda Aristocrática en Chile”*. Editorial Universitaria. 14° Edición. Santiago 1993.
13. EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE. *“Chile, hacia una Constitución Contemporánea. Tres reformas constitucionales”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1973.
14. EYZAGUIRRE, JAIME. *“Historia de las instituciones políticas y sociales de Chile”*. Editorial Universitaria. 10° Edición. Santiago 1990.
15. EYZAGUIRRE, JAIME. *“Historia del Derecho”*. Editorial Universitaria. 11° Edición. Santiago 1991.
16. FAVOREU, LOUIS Y RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. *“El Bloque de la Constitucionalidad”*. Civitas SA. Universidad de Sevilla. Sevilla 1991.
17. FAVOREU, LOUIS. *“Los Tribunales Constitucionales”*. Ariel. Barcelona 1994. (Edición en castellano, traducido por Marc Carrillo).
18. FAVOREU, LOUIS. *“Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1984.

19. FERREIRO YAZIGI, ALEJANDRO. *“Justicia Constitucional: análisis del tribunal constitucional chileno y español”*. Memoria de Prueba. Santiago 1992.
20. FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR. *“La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano”*. UNAM. México 1992.
21. GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO Y FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO (coordinadores). *“La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”* (obra colectiva). Editorial Dykinson. Madrid 1997.
22. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *“La Constitución como Norma y Tribunal Constitucional”*. Civitas SA. Madrid 1985.
23. GARCÍA DE ENTIERRA, EDUARDO y CLAVELO ARÉVALO, MANUEL. Coordinadores. *“El Derecho Público de finales de Siglo”*. Obra colectiva. Editorial Civitas. Madrid 1997.
24. GIDDENS, ANTHONY. *“La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia”*. Editorial Taurus. 1ª Edición Argentina Junio del año

2002.

25. GÓMEZ BERNALES, GASTÓN. Editor. *“La Jurisdicción Chilena ante la Reforma”*. Cuadernos de análisis Jurídico. Editorial Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, Mayo de 1999.
26. GONZÁLEZ, NICOLÁS Y DELERTO, DOMINGO. *“Tribunales Constitucionales: Organización y Fundamento”*. Tecnos. Madrid 1980.
27. HAMILTON, ALEXANDER. *“El Federalista”*. Capítulo LXXVIII. Fondo de Cultura Económica. México 1974.
28. INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES. *“El Tribunal Constitucional”*. Obra Colectiva. Varios autores. Volúmenes I y II. Madrid año 1981.
29. JOCELYN-HOLT LETELIER, ALFREDO. *“La Independencia de Chile. Tradición, Modernización y Mito”*. Editorial Planeta/Ariel. Segunda Edición. Santiago de Chile.
30. LAFUENTE BALLE, JOSÉ MARÍA. *“La judicialización de la interpretación constitucional”*. Editorial COLEX. Madrid 2000.

31. LARRAÍN CRUZ, RAFAEL (recolpilador). *“Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 23 de diciembre de 1985 y el 23 de junio de 1992”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1993.
32. LINARES QUINTANA, SEGUNDO. *“Derecho Constitucional e Instituciones Políticas”*. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires 1981.
33. LOEWENSTEIN, KARL. *“Teoría de la Constitución”*. Editorial Ariel. Barcelona 1984.
34. LOVEMAN, BRIAN Y LIRA, ELIZABETH. *“Las suaves cenizas del olvido. Via chilena de reconciliación política 1814-1932”*. LOM ediciones. Santiago 1999.
35. LUCAS VERDU, PABLO. *“Curso de Derecho Político”*. Tomo II. Editorial Tecnos. Madrid año 1981.
36. PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS. *“Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales”*. (Presentación y estudio introductorio por José Luis Cea Egaña). Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.

Santiago 1996.

37. PEREIRA MENAUT, ANTONIO-CARLOS. *“Teoría Constitucional”*. Editorial Jurídica Conosur. Primera Edición para Chile. Santiago 1998.
38. PÉREZ ROYO, JAVIER. *“Tribunal Constitucional y Separación de Poderes”*. Tecnos. Madrid 1988.
39. PÉREZ TREMPES, PABLO. *“Tribunal Constitucional y Poder Judicial”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1985.
40. RIBERA NEUMAN, TEODORO. *“La Defensa de la Democracia en Alemania Federal. Un análisis histórico jurídico”*. Instituto de Ciencia Política de la Universidad de Chile. Santiago 1985.
41. RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. *“La Constitución Española de 1978”*. Civitas SA. Madrid 1981.
42. RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. *“Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”*. Mimeo. Madrid 1996.



43. SAGÜÉS, NESTOR PEDRO. *“Derecho Procesal Constitucional. El Recurso Extraordinario”*. Editorial Astrea. 2° Edición. Volumen 1. Buenos Aires 1989.
44. SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL (editor). *“Justicia Constitucional. Textos Legales”*. Tecnos. Madrid 1987.
45. SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO. *“El Tribunal Constitucional”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1970.
46. SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO. *“Tratado de Derecho Constitucional”*. Principios. Estado y Gobierno. Tomo I y III. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1997.
47. SUBERCASEAUX, BENJAMÍN. *“Chile o una loca geografía”*. Editorial Universitaria. Séptima Edición. Santiago 1989.
48. TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL. *“Habeas Corpus. Recuso de Amparo”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1995.
49. VALENZUELA SOMARRIVA, EUGENIO. *“Repertorio de*

*Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (11 de marzo de 1981 a 10 de marzo de 1989)*". Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1989.

50. VERDUGO MARINCOVIC, MARIO Y GARCÍA BARZELATTO, ANA MARÍA. *"Manual de Derecho Político"*. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I y II. Santiago 1994.

51. VERDUGO MARINCOVIC, MARIO; PFEFFER URQUIAGA, EMILIO Y NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *"Derecho Constitucional"*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1994.

52. VERGONTTINI, GIUSEPPE DE. *"Derecho Constitucional Comparado"*. Espasa-Calve. Madrid 1985.

53. ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO. *"La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Parte General"*. Biblioteca Americana. Universidad Andrés Bello. Santiago 2002.

**B.- REVISTAS, RECOPIACIONES Y OTRAS PUBLICACIONES JURÍDICAS.**

1. IUS ET PRAXIS. Revista de Derecho de la Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Año 4 n° 1. Talca 1998.
2. REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL AÑO 1980. Editorial Jurídica de Chile. 14 ° Edición. Santiago 1993.
3. REVISTA CHILENA DEL DERECHO, Volumen XV y XVIII.
4. REVISTA DE DERECHO PÚBLICO. Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago 1976. Número 19-20.
5. REVISTA DE DERECHO PÚBLICO. Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago 1989. Número 45-46.
6. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo XLVIII y Tomo XXXIX.
7. REVISTA DE DERECHO. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile. Volumen VIII. Valdivia. Diciembre de

1997.

8. REVISTA DE DERECHO. Facultad de Derecho de la Universidad Central, número 1°. Enero a Junio 1991.
9. REVISTA DE ESTUDIOS PÚBLICOS, N° 69. Centro de Estudios Públicos. Santiago, Verano de 1998.
10. REVISTA DE FALLOS DEL MES, Número 479. Documento N° 18. Año XL. Diciembre de 2000.
11. BOLETINES NÚMEROS 2526-07 Y 2534-07 DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO.

**C.- APUNTES DE CLASES.**

1. ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *“Derecho Procesal Constitucional”*. Apuntes de Clases para el curso de especialización de Quinto Año de

la Carrera de Derecho. "Derecho Procesal Constitucional". Central de Apuntes. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago 1998. Inédito.

2. ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *"Acciones y Recursos Constitucionales"*. Apuntes de Clases para el curso de especialización de Quinto Año de la Carrera de Derecho. "Derecho Procesal Constitucional". Central de Apuntes. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago 1998. Inédito.

#### **D.- CUERPOS LEGALES.-**

1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Editorial Jurídica Consur. Santiago. Marzo 2001.
2. CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1995.
3. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Colección de Textos Legales n° 127. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1991.

Prólogo de Máximo Pacheco Gómez.

## **ÍNDICE DE MATERIAS.**

**CAPÍTULO PRIMERO. 1.- INTRODUCCIÓN.-**..... Pág. 3.-

**Contenido.-** 1.1.- Constitución, Democracia y Derechos Fundamentales. 1.2.- La Racionalización del poder del Estado. De la mera limitación del poder a la Tutela Jurisdiccional de la Supremacía Constitucional. 1.3.- Justicia y Jurisdicción Constitucional. Nociones Básicas. 1.3.1.- Cuestiones Generales. El problema de la denominación y aproximaciones a su contenido. 1.3.2.- Nuestro concepto de Justicia y Jurisdicción Constitucional. 1.3.3.- De las diversas materias de la Justicia Constitucional. 1.4.- Síntesis y Plan de trabajo.

**CAPÍTULO SEGUNDO. 2.- DESARROLLO HISTÓRICO  
DE LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LA SUPREMACÍA**

**CONSTITUCIONAL.-**..... Pág. 56.-

**Contenido.-** 2.1. Esquema de trabajo. 2.2. Antecedentes Ingleses y Norteamericanos: De Lord Coke al modelo americano que sorprende a Tocqueville. 2.2.1.- Antecedentes Generales. 2.2.2.- Germen de la Supremacía Constitucional en el Common Law inglés. La voz apagada de Lord Edward Coke por la Gloriosa Revolución. 2.2.3.- Origen de la Supremacía Constitucional en el Judicial Review norteamericano. La voz enérgica de John Marshall. 2.2.3.1.- Antecedentes en la época colonial y en la independencia de las colonias inglesas de Norteamérica hasta 1803. 2.2.3.2.- La obra del Juez John Marshall: el judicial review a partir del caso Marbury v/s Madison. 2.2.4.- Desarrollo actual de la Supremacía de la Constitución en la tradición anglosajona. 2.2.4.1.- Caso Británico: de la Soberanía del Parlamento a una Supremacía de la Constitución histórica, material y escrita. 2.2.4.2.- Caso norteamericano: la evolución y expansión del judicial review. 2.3. Panorama Europeo: De la supremacía de la Ley a la supremacía de la Constitución. 2.3.1.- Antecedentes Generales. 2.3.2.- la guarda política de la constitución. El modelo francés de control político. 2.3.3. El ocaso del Parlamento y el rescate de la Constitución. La voz olvidada del abate Siéyes encuentra eco en Kelsen y su Tribunal Constitucional de 1920.- 2.3.3.1.- Generalidades. 2.3.3.2.- Antecedentes del sistema europeo jurisdiccional de Supremacía Constitucional: De la Revolución a Kelsen. 2.3.3.2.1.- Mantenimiento de la guarda política de control de constitucionalidad: Crecimiento del Jefe de Estado y abstención de los jueces ordinarios. 2.3.3.2.2.- Aporte del Federalismo, como forma de Estado, al establecimiento de un sistema de control de constitucionalidad en Europa. 2.3.3.2.3.- El caso suizo. El control concentrado, autónomo y de efectos generales de la

Reforma Constitucional de 1876. 2.3.3.2.4.- La Alemania de Weimar. 2.3.3.3.- Tribunal Constitucional Austriaco de 1920 y el modelo kelseniano de control constitucional. 2.3.3.4.- Desarrollo y expansión del modelo europeo de control. 2.3.3.4.1.- Influencia y expansión del sistema de Kelsen. 2.3.3.4.2.- Evolución ulterior de la guarda política francesa y la creación del Conseil Constitutionnel. 2.3.3.4.2.1.- Generalidades del Consejo Constitucional Francés. 2.3.3.4.2.2.- El Bloque de la Constitucionalidad: el aporte de la Jurisprudencia del Consejo Constitucional francés a la protección de los Derechos Fundamentales. a).- Concepto. b).- Contenido del Bloque de la Constitucionalidad. 2.3.3.5.- Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Europa y la creación de un sistema comunitario de protección. 2.3.4.- Notas para un Modelo Europeo de Justicia Constitucional: El Juez Constitucional Único.- 2.4.- Desarrollo histórico de la Tutela Jurisdiccional de La Supremacía Constitucional en América Latina.- Corte Suprema y Tribunal Constitucional en América Latina.- 2.4.1.- Antecedentes Generales. 2.4.2.- México. 2.4.3.- Venezuela. 2.4.4.- Bolivia. 2.4.5.- Perú. 2.4.6.- Ecuador. 2.4.7.- Uruguay. 2.4.8.- Brasil. 2.4.9.- Argentina. 2.4.10.- Algunas consideraciones sobre el Control de Constitucionalidad en América Latina. 2.5.- Recuento y Síntesis del Capítulo.-

### **CAPÍTULO TERCERO. 3.- ELEMENTOS**

**DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.-**..... Pág. 171.-

**Contenido.-** 3.1.- Recuento y Síntesis. Esquema de trabajo. 3.2.- El Conflicto Constitucional: 3.2.1.- Nociones generales en torno al conflicto de intereses de relevancia jurídica y su aplicación en materia constitucional. 3.2.2.- Características del conflicto constitucional. 3.2.3.- Conclusiones en torno al Conflicto Constitucional: Necesidad de un Sistema de Justicia Constitucional eficaz para solucionar los conflictos constitucionales. 3.3.- Parámetros o normas de Referencia de la Justicia Constitucional. 3.3.1.- Cuestiones Generales. 3.3.2.- La Vinculación Directa de la Constitución: De una Constitución programática a una Constitución Vinculante. 3.3.3.- Constitución Formal y Constitución Material 3.3.4.- Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Jerarquía de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en Chile. 3.3.5.- Conclusiones en torno a las normas de referencia del juez constitucional: Constitución y Derechos Fundamentales. 3.4.- Contenido de la Justicia Constitucional: 3.4.1.- Ámbitos de competencia de la Justicia Constitucional. 3.4.2.- Materias principales: Control de Constitucionalidad de la Ley y el control de eficacia de los Derechos Fundamentales. 3.4.2.1.- Control de jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley y otras normas jurídicas de rango legal. 3.4.2.2.- Control Jurisdiccional de la Eficacia de los Derechos Fundamentales. 3.4.3.- Otras materias de la Justicia Constitucional. 3.4.3.1.- Enunciación. 3.4.3.2.- Conflictos de



Constitucionalidad. 3.4.3.3.- Control Jurisdiccional de la Cláusula de Defensa de la Democracia. 3.4.4.- El Derecho a la Tutela Jurisdiccional de la Supremacía Constitucional como fundamento y contenido esencial de la Justicia Constitucional. 3.5.- Control de la Supremacía Constitucional: 3.5.1.- Sentido y alcance del Control Constitucional. 3.5.2.- Modelos de Control: Esquema tentativo. 3.5.2.1.- Dos modelos principales: el modelo americano y modelo europeo. 3.5.2.2.- Modelo Norteamericano o Difuso de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. 3.5.2.2.1.- Concepto. 3.5.2.2.2.- Órgano de control: carácter judicial del juez constitucional. 3.5.2.2.3.- Forma en que se propone la cuestión de constitucionalidad: Control vía incidental o por vía de excepción. 3.5.2.2.4.- Objeto de control: Se aplica a la generalidad de las leyes. 3.5.2.2.5.- Extensión o profundidad del control: control formal y de fondo de la constitucionalidad de las leyes. 3.5.2.2.6.- Control en relación con la entrada en vigencia de la ley: control posterior o represivo de constitucionalidad. 3.5.2.2.7.- Por la discrecionalidad del control: Control Constitucional facultativo del método difuso. 3.5.2.2.8.- Fundamento del control difuso de constitucionalidad. 3.5.2.2.9.- “Los contrastes de tendencias”. Defecto del control difuso y medios para corregirlo: stare decisis. 3.5.2.3.- Modelo Europeo, Austriaco o Concentrado de Control Jurisdiccional de Constitucionalidad de la Ley. 3.5.2.3.1.- Concepto. 3.5.2.3.2.- Órgano que la ejerce: el juez constitucional especializado y único. 3.5.2.3.3.- Forma en que se propone la cuestión de constitucionalidad: Control vía principal o por vía de acción. 3.5.2.3.4.- Objeto de control: Se aplica solamente a las leyes y actos estatales específicamente señalados. 3.5.2.3.5.- Extensión o profundidad del control: control formal y de fondo de la constitucionalidad de las leyes. 3.5.2.3.6.- Control en relación con la entrada en vigencia de la ley: control previo o preventivo y control posterior o represivo de constitucionalidad. 3.5.2.3.7.- Por la discrecionalidad del control: Control Constitucional obligatorio del método concentrado. 3.5.2.3.8.- Defecto del sistema concentrado.- La restricción al acceso a la Justicia mediante la acción monopólica en determinados sujetos. Tendencia actual en ampliar la legitimidad activa. 3.6.- Órgano de la Justicia Constitucional: El Juez Constitucional: 3.6.1.- Juez y Justicia Constitucional. 3.6.1.1.- Concepto y Generalidades. 3.6.1.2.- Tipos de Juez Constitucional: Ordinaria, Especializada y Mixta. 3.6.1.2.1.- Planteamiento. 3.6.1.2.2.- Magistratura Constitucional Ordinaria o Judicial. 3.6.1.2.3.- La Magistratura Constitucional Especializada. 3.6.1.2.4.- La Magistratura Constitucional Mixta o la mixtura del juez constitucional. 3.6.1.3.- Necesidad de un Juez Constitucional Especial y fuera del Poder Judicial. 3.6.1.4.- Legitimidad del Juez Constitucional. 3.6.2.- Juez Constitucional y Derechos Fundamentales. 3.7.- La Sentencia Constitucional. 3.7.1.- Generalidades. 3.7.2.- De los efectos de la Sentencia Constitucional. 3.7.2.1.- Efectos obligatorios de la sentencia constitucional.- 3.7.2.2.- Efectos de la sentencia constitucional en relación con la declaración de inconstitucionalidad de

las leyes. 3.7.2.2.1.- Generalidades. 3.7.2.2.2.- Efecto de la sentencia constitucional en el modelo difuso o norteamericano de control de la constitucionalidad. a).- Efectos in casu et inter partes o relativos. b).- Efectos declarativos de nulidad de la sentencia constitucional. c).- Efectos retroactivos, ex tunc o pro praeterito. 3.7.2.2.3.- Efecto de la sentencia constitucional en el modelo concentrado o austriaco de control de la constitucionalidad. a).- Efecto general o erga omnes de la sentencia constitucional.- b).- Carácter constitutivo de la sentencia constitucional. c).- Efecto ex nunc o pro futuro de la sentencia constitucional. 3.7.2.2.4.- Necesidad de efectos generales y de uniformidad en la sentencia constitucional. 3.7.2.3.- Efectos de la sentencia constitucional en el control de eficacia de los derechos fundamentales. 3.7.3.- Sentencia Constitucional y Cosa Juzgada. 3.8.- Síntesis y Conclusiones del Capítulo.

**CAPÍTULO CUARTO. 4.- JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN CHILE.-..... Pág. 309.-**

**Contenido.- PRIMERA PARTE.-** 4.1.- Historia de la Tutela de la Supremacía Constitucional en Chile hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1980: 4.1.1.- Esquema de trabajo. 4.1.2.- Constitución y Parlamento: Control político de la Constitución desde los primeros ensayos hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1925. 4.1.2.1.- Los primeros ensayos. 4.1.2.2.- La dictadura de O'Higgins. 4.1.2.3.- La anarquía de los años 20. 4.1.2.4.- La Constitución Liberal de 1828. 4.1.2.5.- La Constitución de 1833. 4.1.2.6.- Antecedentes generales de la Constitución de 1925. 4.1.3.- Constitución y Poder Judicial: El Poder Judicial en general y la Corte Suprema en Particular en la historia constitucional chilena. 4.1.3.1.- Aspectos Generales desde los primeros ensayos hasta la Constitución de 1925. 4.1.3.2.- La Corte Suprema en el ejercicio del control de constitucionalidad mediante la Acción de Inaplicabilidad por inconstitucional. Aspectos Generales.- 4.1.4.- Tribunal Constitucional en Chile. 4.1.4.1.- Historia en tres etapas. 4.1.4.2.- Primera Etapa.- Desde la Gran Reforma de 1970 hasta el Golpe de Estado de 1973. 4.1.4.3.- Segunda Etapa.- Desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1980 hasta la reforma constitucional de 1989. 4.1.4.3.1.- Antecedentes Generales. 4.1.4.3.2.- Integración del Tribunal Constitucional. Crítica a la influencia militar en su composición. 4.1.4.3.3.- Misión del Tribunal Constitucional bajo la vigencia de la Carta de 1980. 4.1.4.4.- Tercera Etapa.- Desde la reforma de 1989 hasta nuestros días.- (\*) INTERMEZZO.- Crítica y Defensa de la Constitución de 1980.- **SEGUNDA PARTE.-** 4.2.- Panorama actual de la Justicia Constitucional en Chile. 4.2.1.- De la Tutela Jurisdiccional de la Supremacía Constitucional en la Constitución de 1980. 4.2.2.- Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las leyes y de la estabilidad del sistema institucional. 4.2.2.1.- Planteamiento del tema. 4.2.2.2.- La Acción de Inaplicabilidad por inconstitucional. 4.2.2.2.1.- Características Generales. 4.2.2.2.2.- Dos problemas en torno a la inaplicabilidad por inconstitucional: a).-

Planteamiento del problema. b).- La inconstitucionalidad de forma y de fondo. c).- La derogación tácita u orgánica y la inconstitucionalidad sobreviniente. 4.2.2.3.- Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las leyes y otras materias entregadas al Tribunal Constitucional Chileno. 4.2.2.3.1.- Generalidades y Enunciación. 4.2.2.3.2.- Competencias del Tribunal Constitucional. a).- Control obligatorio de constitucionalidad. b).- Conflictos de Constitucionalidad. c).- Inhabilidades e incompatibilidades de los Ministro de Estado y Parlamentarios. d).- Atentados contra el ordenamiento institucional. e).- Competencia consultiva o informativa. 4.2.3.- Las acciones de protección de los Derechos Humanos Fundamentales. 4.2.4.- Síntesis y crítica del Proyecto de Reforma Constitucional al sistema de Justicia Constitucional en Chile en actual tramitación ante el Senado de la República. 4.2.4.1.- Planteamiento del tema. 4.2.4.2.- De las reformas generales a la Constitución. 4.2.4.3.- De las reformas al sistema nacional de justicia constitucional.

**CAPITULO FINAL.- 5.- CONCLUSIONES.-..... Pág. 454.-**

**Contenido.-** 5.1.- Recuento y esquematización de materias. 5.2.- Hacia un Estado Social y Democrático de Derecho: 5.2.1.- Metas y desafíos del Juez Constitucional en Chile. 5.2.2.- Propuestas para una reforma pendiente. 5.2.2.1.- Poder Judicial en Chile. Bases para una reforma. 5.2.2.1.1.- Control de constitucionalidad de las leyes y otros cuerpos normativos. 5.2.2.1.2.- Control de eficacia de los Derechos Fundamentales. 5.2.2.2.- Tribunal Constitucional como Guardián de la Constitución. 5.2.2.2.1.- Generalidades. 5.2.2.2.2.- Modificaciones que solo pueden ser introducidas mediante reforma constitucional. a).- La integración del Tribunal Constitucional.- b).- Atribuciones del Tribunal Constitucional.- 5.2.2.2.3.- Modificaciones que pueden realizarse mediante reformas constitucionales como por medio de la interpretación sustantiva y viva de la Constitución. a).- En cuanto a la norma de referencia: Jerarquía Constitucional de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. b).- En cuanto a las manifestaciones de inconstitucionalidad sujetas a control: tanto los vicios de fondo como de forma permiten la declaración de inconstitucionalidad de la ley. c).- En cuanto a la derogación tácita u orgánica y la inconstitucionalidad sobreviniente. 5.3.- Conclusión y síntesis.

## **INDICE GENERAL**

|                 | <b>Página</b> |
|-----------------|---------------|
| INFORMES.-..... | I.            |

### **CAPÍTULO PRIMERO.-**

#### **1.- INTRODUCCIÓN.**

|  |     |
|--|-----|
| CONTENIDO.-.....   | 2.  |
| 1.1.- CONSTITUCION, DEMOCRACIA Y DERECHOS<br>FUNDAMENTALES.-.....  | 3.  |
| 1.2.- RACIONALIZACIÓN DEL PODER DEL ESTADO<br>De la mera Limitación del poder a la<br>Tutela Jurisdiccional de la Supremacía Constitucional.-..... | 20. |
| 1.3.- JUSTICIA Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.-<br>Nociones básicas.-.....  | 32. |
| 1.3.1.- Cuestiones Generales.-<br>El problema de su denominación<br>y aproximaciones a su contenido.-.....   | 32. |
| 1.3.2.- Nuestro concepto de Justicia<br>y Jurisdicción Constitucional.-.....   | 42. |
| 1.3.3.- De las diversas materias<br>de la Justicia Constitucional.-.....   | 45. |
| 1.4.- SÍNTESIS Y PLAN DE TRABAJO.-.....  | 48. |
| BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO.-.....   | 51. |

## CAPITULO SEGUNDO.-

### **2.- DESARROLLO HISTÓRICO DE LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.-**

|  |      |
|--|------|
| CONTENIDO.-.....   | 53.  |
| 2.1.- ESQUEMA DE TRABAJO.-.....  | 56.  |
| 2.2.- ANTECEDENTES INGLESES Y NORTEAMERICANOS.-  |      |
| De Lord Coke al modelo americano que sorprende a Tocqueville.-.....  | 59.  |
| 2.2.1.- Antecedentes Generales.-.....  | 59.  |
| 2.2.2.- Germen de la Supremacía Constitucional<br>en el Common Law inglés.-<br>La voz apagada de Lord Edward Coke<br>por la Gloriosa Revolución.-.....                       | 62.  |
| 2.2.3.- Origen de la Supremacía Constitucional<br>en el Judicial Review norteamericano.-<br>La voz enérgica del John Marshall.-.....   | 68.  |
| 2.2.3.1.- Antecedentes en la época colonial<br>y en la independencia de las colonias<br>inglesas en Norteamérica hasta 1803.-.....   | 68.  |
| 2.2.3.2.- La obra del Juez John Marshall.-<br>El judicial review a partir del caso<br>Marbury v/s Madison.-.....   | 75.  |
| 2.2.4.- Desarrollo actual de la Supremacía de la<br>Constitución en la tradición anglosajona.-.....  | 82.  |
| 2.2.4.1.- Caso Británico:<br>De la Soberanía del Parlamento<br>a la Supremacía de la Constitución<br>histórica, material y escrita.-.....                                    | 82.  |
| 2.2.4.2.- Caso Norteamericano<br>La evolución y expansión del judicial review.-.....   | 85.  |
| 2.3.- PANORAMA EUROPEO.-   |      |
| De la Supremacía de la ley a la Supremacía de la Constitución.-.....   | 89.  |
| 2.3.1.- Antecedentes Generales.-.....  | 89.  |
| 2.3.2.- La guarda política de la Constitución.-<br>El modelo francés de control político.-.....  | 95.  |
| 2.3.3.- El ocaso del parlamento y el rescate de la Constitución.-<br>La voz olvidada del abate Siéyes encuentra eco en Kelsen<br>y su Tribunal Constitucional de 1920.-..... | 103. |

|               |  |      |
|---------------|--|------|
| 2.3.3.1.-     | Generalidades.-.....   | 103. |
| 2.3.3.2.-     | Antecedentes del sistema europeo<br>jurisdiccional de Supremacía Constitucional.-<br>De la Revolución a Kelsen.-.....  | 106. |
| 2.3.3.2.1.-   | Mantenimiento de la<br>guarda política de control<br>de constitucionalidad:<br>Crecimiento del jefe de Estado<br>y abstención de los jueces ordinarios.-.....                    | 106. |
| 2.3.3.2.2.-   | Aporte del Federalismo,<br>como forma de Estado,<br>al establecimiento de un<br>sistema de control de<br>constitucionalidad en Europa.-.....                                     | 109. |
| 2.3.3.2.3.-   | El caso suizo:<br>El control concentrado,<br>autónomo y de efectos<br>generales de la Reforma<br>Constitucional de 1876.-.....   | 112. |
| 2.3.3.2.4.-   | La Alemania de Weimar.-.....   | 114. |
| 2.3.3.3.-     | El Tribunal Constitucional austriaco<br>de 1920 y el modelo kelseniano<br>de control de constitucionalidad.-.....  | 116. |
| 2.3.3.4.-     | Desarrollo y expansión del modelo<br>europeo de control.-.....   | 121. |
| 2.3.3.4.1.-   | Influencia y expansión<br>del modelo de Kelsen.-.....  | 121. |
| 2.3.3.4.2.-   | Evolución ulterior de la<br>guarda política francesa<br>y la creación del Consejo<br>Constitucional.-.....   | 123. |
| 2.3.3.4.2.1.- | Generalidades del<br>Consejo Constitucional<br>francés.-.....  | 123. |
| 2.3.3.4.2.2.- | El Bloque de la<br>Constitucionalidad.-<br>Un aporte de la<br>Jurisprudencia del<br>Consejo Constitucional<br>francés a la protección<br>de los Derechos<br>Fundamentales.-..... | 125. |
| a).-          | Concepto.-.....  | 125. |

|          |   |      |
|----------|---|------|
|          | b).- Contenido del Bloque de la Constitucionalidad.-.....   | 127. |
| 2.3.3.5  | Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Europa y la creación de un sistema comunitario de protección.-.....                                      | 131. |
| 2.3.4.-  | Notas para un Modelo Europeo de Justicia Constitucional:<br>El Juez Constitucional Único.-.....   | 135. |
| 2.4.-    | Desarrollo histórico de la Tutela Jurisdiccional de la Supremacía Constitucional en América Latina.<br>Corte Suprema y Tribunal Constitucional en América Latina.-..... | 139. |
| 2.4.1.-  | Antecedentes Generales.-.....   | 139. |
| 2.4.2.-  | México.-.....   | 139. |
| 2.4.3.-  | Venezuela.-.....  | 143. |
| 2.4.4.-  | Bolivia.-.....  | 146. |
| 2.4.5.-  | Perú.-.....   | 148. |
| 2.4.6.-  | Ecuador.-.....  | 149. |
| 2.4.7.-  | Uruguay.-.....  | 150. |
| 2.4.8.-  | Brasil.-.....   | 152. |
| 2.4.9.-  | Argentina.-.....  | 153. |
| 2.4.10.- | Algunas consideraciones sobre el Control de Constitucionalidad en América Latina.-.....   | 156. |
| 2.5.-    | RECUENTO Y SÍNTESIS DEL CAPÍTULO.-.....   | 160. |
|          | BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO.-.....  | 163. |

### **CAPÍTULO TERCERO.-**

#### **3.- ELEMENTOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.-**

|       |  |      |
|-------|--|------|
|       | CONTENIDO.-.....                               | 166. |
| 3.1.- | RECUENTO Y SÍNTESIS. ESQUEMA DE TRABAJO.-..... | 171. |
| 3.2.- | EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL.-.....             | 174. |

|           |  |      |
|-----------|--|------|
| 3.2.1.-   | Nociones Generales en torno al conflicto de intereses de relevancia jurídica y su aplicación en materia constitucional.-.....  | 174. |
| 3.2.2.-   | Características del Conflicto Constitucional.-.....  | 177. |
| 2.2.3.-   | Conclusiones en torno al Conflicto Constitucional.- Necesidad de un Sistema de Justicia Constitucional eficaz para solucionar los conflictos constitucionales.-..... | 180. |
| 3.3.-     | PARÁMETRO O NORMA DE REFERENCIA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.-.....   | 182. |
| 3.3.1.-   | Cuestiones Generales.-.....  | 182. |
| 3.3.2.-   | Vinculación directa de la Constitución.- De una Constitución programática a una Constitución vinculante.-.....   | 185. |
| 3.3.3.-   | Constitución formal y Constitución material.-.....   | 189. |
| 3.3.4.-   | Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.- Jerarquía de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en Chile.-.....                          | 193. |
| 3.3.5.-   | Conclusiones en torno a las normas de referencia del juez constitucional.-.....  | 196. |
| 3.4.-     | CONTENIDO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.-.....   | 198. |
| 3.4.1.-   | Ámbitos de competencia de la Justicia Constitucional.-.....  | 198. |
| 3.4.2.-   | Materias principales:<br>Control de constitucionalidad de la ley y el control de eficacia de los Derechos Fundamentales.-.....                                       | 202. |
| 3.4.2.1.- | Control jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley y otras normas jurídicas de rango legal.-.....   | 202. |
| 3.4.2.2.- | Control jurisdiccional de la eficacia de los Derechos Fundamentales.-.....   | 205. |
| 3.4.3.-   | Otras materias de la Justicia Constitucional.-.....  | 208. |
| 3.4.3.1.- | Enunciación.-.....   | 208. |
| 3.4.3.2.- | Conflictos de Constitucionalidad.-.....  | 209. |
| 3.4.3.3.- | Control jurisdiccional de la Cláusula de Defensa de la Democracia.-.....   | 210. |
| 3.4.4.-   | El Derecho a la Tutela Jurisdiccional de la Supremacía Constitucional como fundamento y contenido esencial de la Justicia Constitucional.-.....                      | 214. |



|   |      |
|---|------|
| 3.5.- CONTROL DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.-.....  | 215. |
| 3.5.1.- Sentido y alcance del Control Constitucional.-.....   | 215. |
| 3.5.2.- Modelos de Control: Esquema tentativo.-.....  | 219. |
| 3.5.2.1.- Dos modelos principales.-<br>En modelo americano y el modelo europeo.-.....   | 219. |
| 3.5.2.2.- El modelo norteamericano<br>o difuso de control jurisdiccional<br>de constitucionalidad de la ley.-.....                        | 220. |
| 3.5.2.2.1.- Concepto.-.....   | 220. |
| 3.5.2.2.2.- Órgano de control: carácter<br>judicial del juez constitucional.-.....  | 220. |
| 3.5.2.2.3.- Forma en que se propone la<br>cuestión de constitucionalidad:<br>Control vía incidental o por<br>vía de excepción.-.....      | 222. |
| 3.5.2.2.4.- Objeto de control: Se aplica<br>a la generalidad de las leyes.-.....  | 224. |
| 3.5.2.2.5.- Extensión o profundidad del<br>control: control formal y de<br>fondo de la constitucionalidad<br>de las leyes.-.....          | 226. |
| 3.5.2.2.6.- Control en relación con la<br>entrada en vigencia de la ley:<br>control posterior o represivo<br>de constitucionalidad.-..... | 228. |
| 3.5.2.2.7.- Por la discrecionalidad del<br>control: control constitucional<br>facultativo del método difuso.-.....                        | 229. |
| 3.5.2.2.8.- Fundamento del control<br>difuso de constitucionalidad.-.....   | 230. |
| 3.5.2.2.9.- Los “contrastes de tendencias”.<br>Defecto del control difuso<br>y medios para corregirlo:<br>stare decisis.-.....            | 232. |
| 3.5.2.3.- Modelo europeo, austríaco<br>o concentrado de control<br>jurisdiccional de constitucionalidad<br>de la ley.-.....               | 236. |
| 3.5.2.3.1.- Concepto.-.....   | 236. |

|             |  |      |
|-------------|--|------|
| 3.5.2.3.2.- | Órgano que la ejerce:<br>el juez constitucional<br>especializado y único.-.....  | 237. |
| 3.5.2.3.3.- | Forma en que se propone la<br>cuestión de constitucionalidad:<br>control vía principal<br>o por vía de acción.-.....   | 239. |
| 3.5.2.3.4.- | Objeto de control: Se aplica<br>solamente a las leyes y actos<br>estatales específicamente señalados.-.....  | 241. |
| 3.5.2.3.5.- | Extensión o profundidad del<br>control: control formal y de<br>fondo de la constitucionalidad de la ley.-.....   | 242. |
| 3.5.2.3.6.- | Control en relación con la<br>entrada en vigencia de la ley:<br>control previo o preventivo y<br>control posterior o represivo<br>de constitucionalidad.-.....   | 244. |
| 3.5.2.3.7.- | Por la discrecionalidad<br>del control: control de<br>constitucionalidad obligatorio<br>del método concentrado.-.....  | 245. |
| 3.5.2.3.8.- | Defecto del sistema concentrado:<br>la restricción al acceso a la<br>Justicia mediante la acción<br>monopólica en determinados<br>sujetos. Tendencia actual en<br>ampliar la legitimidad activa.-..... | 246. |
| 3.6.-       | ÓRGANO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL:<br>EL JUEZ CONSTITUCIONAL.-.....   | 250. |
| 3.6.1.-     | Juez y Justicia Constitucional.-.....  | 250. |
| 3.6.1.1.-   | Concepto y Generalidades.-.....  | 250. |
| 3.6.1.2.-   | Tipos de juez constitucional:<br>ordinario, especializado y mixto.-.....   | 253. |
| 3.6.1.2.1.- | Planteamiento.-.....   | 253. |
| 3.6.1.2.2.- | Magistratura Constitucional<br>ordinaria o judicial.-.....   | 254. |
| 3.6.1.2.3.- | La Magistratura Constitucional<br>Especializada.-.....   | 255. |
| 3.6.1.2.4.- | La Magistratura Constitucional<br>Mixta o la mixtura del juez<br>constitucional.-.....   | 258. |

|  |      |
|--|------|
| 3.6.1.3.- Necesidad de un Juez Constitucional especial y fuera del poder judicial.-.....                                       | 260. |
| 3.6.1.4.- Legitimidad del Juez Constitucional.-.....   | 268. |
| 3.6.2.- Juez Constitucional y Derechos Fundamentales.-.....  | 272. |
| 3.7.- LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL.-.....   | 273. |
| 3.7.1.- Generalidades.-.....   | 273. |
| 3.7.2.- De los efectos de la sentencia constitucional.-.....   | 275. |
| 3.7.2.1.- Efectos obligatorios de la sentencia constitucional.-.....   | 275. |
| 3.7.2.2.- Efectos de la sentencia constitucional en relación con la declaración de inconstitucionalidad de las leyes.-.....    | 277. |
| 3.7.2.2.1.- Generalidades.-.....   | 277. |
| 3.7.2.2.2.- Efecto de la sentencia constitucional en el modelo difuso o norteamericano de control de constitucionalidad.-..... | 280. |
| a).- Efecto in casu et Inter partes o relativos.-.....   | 280. |
| b).- Efectos declarativos de nulidad de la sentencia constitucional.-.....   | 282. |
| c).- Efectos retroactivos, ex tunc o pro praeterito.-.....   | 283. |
| 3.7.2.2.3.- Efecto de la sentencia constitucional en el modelo concentrado o austríaco de control de constitucionalidad.-..... | 285. |
| a).- Efecto general o erga omnes de la sentencia constitucional.-.....   | 285. |
| b).- Carácter constitutivo de la sentencia constitucional.-.....   | 287. |
| c).- Efecto ex nuc o pro futuro de la sentencia constitucional.-.....  | 287. |
| 3.7.2.2.4.- Necesidad de efectos generales y de uniformidad en la sentencia constitucional.-.....                              | 290. |

|   |      |
|---|------|
| 3.7.2.3.- Efectos de la sentencia constitucional en el control de eficacia de los derechos fundamentales.-..... | 292. |
| 3.7.3.- Sentencia Constitucional y Cosa Juzgada.-.....  | 295. |
| 3.8.- SÍNTESIS Y CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO.-.....   | 298. |
| BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO.-.....  | 304. |

## **CAPÍTULO CUARTO.-**

### **4.- JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN CHILE.-**

|   |      |
|---|------|
| CONTENIDO.-.....  | 306. |
| <b>PRIMERA PARTE.</b>   |      |
| 4.1.- HISTORIA DE LA TUTELA DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN CHILE HASTA LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980.-.....                                 | 309. |
| 4.1.1.- Esquema de Trabajo.-.....   | 309. |
| 4.1.2.- Constitución y Parlamento:<br>Control político de la Constitución desde los primeros ensayos hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1925.-..... | 315. |
| 4.1.2.1.- Los primeros ensayos.-.....   | 315. |
| 4.1.2.2.- La dictadura de O'Higgins.-.....  | 318. |
| 4.1.2.3.- La anarquía de los años 20.-.....   | 321. |
| 4.1.2.4.- La Constitución Liberal de 1828.-.....  | 322. |
| 4.1.2.5.- La Constitución de 1833.-.....  | 324. |
| 4.1.2.6.- Antecedentes generales de la Constitución de 1925.-.....  | 327. |
| 4.1.3.- Constitución y Poder Judicial.-<br>El Poder Judicial en general y la Corte Suprema en particular en la historia constitucional chilena.-.....               | 331. |
| 4.1.3.1.- Aspectos generales desde los primeros ensayos hasta la Constitución de 1925.-.....  | 331. |

|  |      |
|--|------|
| 4.1.3.2.- La Corte Suprema en el ejercicio del control de constitucionalidad mediante la Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de la ley. Aspectos generales.-..... | 336. |
| 4.1.4.- Tribunal Constitucional en Chile.-.....  | 339. |
| 4.1.4.1.- Historia en tres etapas.-.....   | 339. |
| 4.1.4.2.- Primera Etapa.<br>Desde la Gran Reforma de 1970 hasta el Golpe de Estado de 1973.-.....  | 339. |
| 4.1.4.3.- Segunda Etapa.<br>Desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1980 hasta la reforma constitucional de 1989.-.....   | 343. |
| 4.1.4.3.1.- Antecedentes Generales.-.....  | 343. |
| 4.1.4.3.2.- Integración del Tribunal Constitucional. Crítica a la influencia militar en su composición.-.....  | 344. |
| 4.1.4.3.3.- Misión del Tribunal Constitucional bajo la vigencia de la carta de 1980.-.....   | 352. |
| 4.1.4.4.- Tercera Etapa.<br>Desde la reforma de 1989 hasta nuestros días.-.....  | 365. |
| <br><b>(*) INTERMEZZO.-</b>  |      |
| CRÍTICA Y DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980.-.....  | 374. |
| <br><b>SEGUNDA PARTE.-</b>   |      |
| 4.2.- PANORAMA ACTUAL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN CHILE.-.....  | 383. |
| 4.2.1.- De la Tutela Jurisdiccional de la Supremacía Constitucional en la Constitución de 1980.-.....  | 383. |
| 4.2.2.- Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las leyes y de la estabilidad del sistema institucional.-.....  | 396. |
| 4.2.2.1.- Planteamiento del tema.-.....  | 396. |
| 4.2.2.2.- La Acción de inaplicabilidad por inconstitucional.-.....   | 397. |
| 4.2.2.2.1.- Características Generales.-.....   | 397. |

|             |  |      |
|-------------|--|------|
| 4.2.2.2.-   | Dos problemas en torno a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad.-.....  | 404. |
|             | a).- Planteamiento del problema.-.....   | 404. |
|             | b).- La inconstitucionalidad de forma y fondo.-.....   | 405. |
|             | c).- La derogación tácita u orgánica y la inconstitucionalidad sobreviniente.-.....  | 406. |
| 4.2.2.3.-   | Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las leyes y otras materias entregadas al Tribunal Constitucional chileno.-.....                                   | 413. |
| 4.2.2.3.1.- | Generalidades y Enunciación.-.....   | 413. |
| 4.2.2.3.2.- | Competencias del Tribunal Constitucional.-.....  | 415. |
|             | a).- Control obligatorio de Constitucionalidad.-.....  | 415. |
|             | b).- Conflictos de Constitucionalidad.-.....   | 416. |
|             | c).- Inhabilidades e incompatibilidades de los Ministros de Estado y Parlamentarios.-.....   | 418. |
|             | d).- Atentados contra el orden institucional.-.....  | 419. |
|             | e).- Competencia consultiva o informativa.-.....   | 421. |
| 4.2.3.-     | Las acciones de protección de los Derechos Humanos Fundamentales.-.....  | 422. |
| 4.2.4.-     | Síntesis y Crítica del Proyecto de Reforma Constitucional al sistema de Justicia Constitucional en Chile en actual tramitación ante el Senado de la República.-..... | 431. |
| 4.2.4.1.-   | Planteamiento del tema.-.....  | 431. |
| 4.2.4.2.-   | De las reformas generales a la Constitución.-.....   | 432. |
| 4.2.4.3.-   | De las reformas al sistema nacional de Justicia Constitucional.-.....  | 436. |
|             | BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO.-.....   | 448. |

## CAPÍTULO FINAL.-

### 5.- CONCLUSIONES.-

|   |      |
|---|------|
| CONTENIDO.-.....  | 452. |
| 5.1.- RECUENTO.-.....   | 454. |
| 5.2.- HACIA UN ESTADO SOCIAL<br>Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.-.....   | 459. |
| 5.2.1.- Metas y desafíos del Juez<br>Constitucional en Chile.-.....   | 459. |
| 5.2.2.- Propuestas para una<br>reforma pendiente.-.....   | 464. |
| 5.2.2.1.- Poder Judicial en Chile:<br>Bases para una reforma.-.....   | 464. |
| 5.2.2.1.1.- Control de constitucionalidad<br>de las leyes y otros<br>cuerpos normativos.-.....  | 464. |
| 5.2.2.1.2.- Control de eficacia de los<br>Derechos Fundamentales.-.....   | 467. |
| 5.2.2.2.- Tribunal Constitucional<br>como Guardián de la<br>Constitución.-.....   | 471. |
| 5.2.2.2.1.- Generalidades.-.....  | 471. |
| 5.2.2.2.2.- Modificaciones que solo<br>pueden ser introducidas<br>mediante reforma constitucional.-.....  | 472. |
| a).- La integración del Tribunal Constitucional.-.....  | 472. |
| b).- Atribuciones del Tribunal Constitucional.-.....  | 474. |
| 5.2.2.2.3.- Modificaciones que pueden<br>realizarse mediante reformas<br>constitucionales como por medio<br>de la interpretación sustantiva<br>y viva de la Constitución.-..... | 480. |
| a).- En cuanto a la norma de referencia:<br>Jerarquía Constitucional de los<br>Tratados Internacionales de<br>Derechos Humanos.-.....   | 480. |

|   |      |
|---|------|
| b).- En cuanto a las manifestaciones<br>de inconstitucionalidad sujetas<br>a control: tanto los vicios de fondo<br>como los de forma permiten<br>la declaración de<br>inconstitucionalidad de la ley.-..... | 481. |
| c).- En cuanto a la derogación<br>tácita u orgánica y la<br>inconstitucionalidad sobrevinente.-.....  | 483. |
| 5.3.- CONCLUSIÓN Y SÍNTESIS.-.....  | 484. |
| BIBLIOGRAFÍA GENERAL.-.....   | 488. |
| ÍNDICE DE MATERIAS.-.....   | 501. |
| INDICE GENERAL.-.....   | 507. |