



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA; CRITERIOS
JURISPRUDENCIALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO**

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

AUTORES:

LUIS FELIPE GEISSE FERNÁNDEZ

EDUARDO ANDRÉS SANTIBAÑEZ AGUILAR

PROFESOR GUÍA: ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN

Santiago, Chile

2014

ÍNDICE

INTRODUCCION	1
CAPÍTULO I : LA OMISIÓN LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL	9
1.- Inconstitucionalidad por omisión.	9
1.1.- Concepto.....	9
1.2.- Significado del vocablo Omisión.	9
1.3.- Significado del vocablo Inconstitucionalidad.	12
1.4.- Voz compuesta “Inconstitucionalidad por Omisión”.	13
2.- Inconstitucionalidad por omisión legislativa.....	14
2.1.- Antecedentes.	14
2.2.- Concepto.....	17
2.3.- Requisitos de la omisión inconstitucional legislativa.	24
3.- CONFIGURACIÓN NEGATIVA DEL CONCEPTO.....	33
a) Omisión legislativa “simple”.....	34
b) Omisión de normación.	34
c) Distinción entre omisión legislativa y laguna jurídica.....	35
d) Inactividad de la Administración.....	38
e) Inejecución de leyes existentes.....	39
f) Falta de desarrollo del derecho supranacional.....	40
g) Recurso por omisión.	40
h) El no cumplimiento de principios constitucionales.	41
i) Omisión aplicativa.	42
j) El no cumplimiento de la genérica necesidad de actuación de los poderes constituidos.	43
k) La “anomia” constitucional.....	43
l) La omisión de acto político.	44

4.- Principales críticas de quienes niegan la existencia de la inconstitucionalidad por omisión.....	44
5.- Tipos de omisión legislativa inconstitucional.	46
a) Omisiones Absolutas y Omisiones Relativas.	47
b) Omisión legislativa y omisión administrativa.	50
c) Omisión formal y omisión material.	50
d) Omisión que afecta derechos fundamentales y omisión que no los afecta.	51
e) Omisión evitable y omisión inevitable.	53
CAPITULO II: LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO	54
1.- Principales corrientes doctrinarias respecto de la omisión legislativa inconstitucional.	55
1.1.- La escuela tradicional.....	56
1.2.- La escuela portuguesa-brasilera	58
1.3.- La escuela italiana	59
2.- Casos en los que se recoge la figura de la omisión legislativa inconstitucional	61
2.1.- Yugoslavia.....	61
2.2.- Portugal.....	62
2.3.- Brasil.	66
2.4.- Argentina.....	72
2.5.- Venezuela.	77
2.6.- Ecuador.....	80
2.7.- Colombia.....	84
CAPÍTULO III : ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EFECTOS DE SUS SENTENCIAS Y TIPOLOGÍA DE LAS MISMAS	92
1.- Función atribuida al Tribunal Constitucional en la actualidad.....	92
2.- Atribuciones del Tribunal Constitucional.....	94

2.1.- El control preventivo de constitucionalidad.	95
2.2.- El control represivo de constitucionalidad.	99
3.- Los efectos de las sentencias constitucionales y su fuerza vinculante...	108
3.1.- Efectos de las sentencias estimatorias y desestimatorias.....	109
3.2.- La fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional.	112
4.- Tipología de las sentencias constitucionales.....	123
4.1.- Clases de sentencias atípicas.....	126
CAPÍTULO IV : ANÁLISIS DE SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL	
CONSTITUCIONAL CHILENO.....	134
1.-Análisis de Casos.....	134
1) Causa Rol 325-2001.	134
2) Causa Rol 349 -2002	140
3) Causa Rol 389-2003	146
4) Causa Rol 437-2005.	150
5) Causa Rol 558-2006.	155
6) Causa Rol 1001-2007	163
7) Causa Rol 1017-2007.	166
8) Causa Rol 1024-2008.	169
9) Causa Rol 1170-2008	174
10) Causa Rol 1254-2008.	178
11) Causa Rol 1602-2010.	183
12) Causa Rol 2132-2011.	190
13) Causa Rol 2152-2011.	193
14) Causa Rol 2159-2012	194
15) Causa Rol 2180-2012.	198
2.- Cuadro resumen sentencias analizadas.....	201
3.- Consideraciones.....	202
3.1- Tipos de omisión	203
3.2.- Normas.....	203

3.3.- Tipología de las sentencias.....	208
CONCLUSIÓN.....	212
BIBLIOGRAFÍA	216

INTRODUCCIÓN.

Al reflexionar sobre el significado jurídico de la pasividad o inactividad del legislador, parece necesario analizar primeramente, si existe un deber jurídico de legislar en situaciones donde este comportamiento omisivo provoca consecuencias que vulneran el espíritu y la razón del ordenamiento jurídico.

En un primer momento del análisis, al referirnos al contenido formal de la estructuración del Estado, podemos dar cuenta de la existencia de ciertas normas y principios que tienen a bien ordenar, dirigir y limitar los poderes que a su turno validan.

En este mismo sentido la Constitución es entendida como “una creación del hombre que le permite contar en el orden interno, con una norma básica y prevalente que cumple con los objetivos tales como, fijar reglas de la actividad de los gobernantes, consagra garantías personales y crea mecanismos de solución de conflictos por medio del proceso”¹, fija los límites y define las relaciones entre los poderes del Estado, y de estos con sus ciudadanos, estableciendo así las bases para el gobierno y la organización de las instituciones en que tales poderes se asientan. De esta manera, entendemos que la Constitución posee una supremacía normativa. Es norma, en cuanto tiene en sí misma un valor normativo propio, directo e inmediato y es suprema, en cuanto es la norma fundamental sobre la cual descansa el ordenamiento jurídico. Así, tal como lo explica el profesor Germán J. Birdat “la fuerza

¹ COLOMBO CAMPBELL, Juan Francisco, “El requerimiento de inaplicabilidad ante el TC artículo 93 n° 6 CPR”. En “Temas actuales de Derecho Constitucional”, Editorial Jurídica de Chile, año 2009, Chile, p. 53.

normativa de la constitución deriva a reconocer el derecho fundamental a la justicia”.²

Si la Constitución es la norma fundamental y posee una fuerza normativa directa, todos los órganos de poder tienen la obligación, directamente emanada de ella, de aplicarla, cumplirla y no violarla en el ejercicio de sus funciones. Ninguna parte de la constitución ha de quedar sin aplicación, sin cumplimiento, sin efecto útil, porque toda ella es suprema y posee valor normativo vinculante. “Toda la constitución en todas sus partes, incluido el sistema de valores, principios y derechos, es invocable y alegable ante los tribunales, que han de dar efectividad a la exigibilidad del conjunto completo, del modo en que cada situación y cada caso se exhiben y lo hacen viable.”³

Se desprende entonces, que si uno de estos órganos falla en el desempeño de sus funciones infringiendo la Carta Magna, el acaso no puede quedar impune. De esta manera, la actividad o inactividad del órgano en su actuar, exige una acción correctiva o de reparación dirigida a asegurar aquella supremacía y fuerza normativa directa a la que hemos hecho referencia.

Los orígenes de la supremacía normativa de la Carta Magna se remontan a los inicios del siglo XIX en Norteamérica. Esta idea rápidamente se expandiría por los sistemas de derecho continental. En Estados Unidos, los jueces ordinarios y el Tribunal Supremo (cuya última decisión vincula a los demás) asumieron el rol de garantes Constitucionales, incluso en lo relacionado a los actos del poder legislativo⁴. El primer antecedente lo encontramos en el célebre caso Marbury v/s Madison, con el fallo del Juez Marshall en 1803,

² BIDART CAMPOS, German J., “El derecho de la Constitución y su fuerza normativa”, Universidad Nacional Autónoma de México, México, año 2003, p. 338 y siguientes.

³ *Ibidem*.

⁴ GOMÉZ PUENTE, Marcos, “La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control”. Editorial Mc Graw Hill, España, año 1997, p. 4.

quien expresó que “la ley contraria a la Constitución es nula”, de modo que “los tribunales, así como los demás poderes están obligados por este instrumento”⁵. De esta manera “los poderes legislativos son definidos y limitados, y para que tales límites no se confundan u olviden se ha escrito la Constitución, con lo cual se afirmó la supremacía jerárquica y fuerza normativa directa de la Constitución frente al resto de las fuentes del Derecho”⁶.

“El principio llamado de la fuerza normativa de la Constitución -o fuerza vinculante o aplicación directa de esta- podría expresarse en términos simples, diciendo que ella obliga por si misma y que los preceptos constitucionales son verdaderas y auténticas normas jurídicas que vinculan inmediatamente y simultáneamente a todos los órganos del Estado y a todas las personas y grupos.”⁷

Este concepto fue rápidamente acuñado por los Estados de Derecho a partir del período de post guerra, y es el que actualmente predomina en la doctrina constitucional moderna. A través de él se busca proteger la Constitución y a la vez erigirla como la norma superior, al punto de afirmar que el incumplimiento de lo preceptuado por ella, importa la infracción de una norma jurídica, hecho que debe llevar aparejado la aplicación de una sanción.⁸

⁵ NAVARRO BELTRÁN, Enrique; “Nueva sociedad, vieja Constitución”, El Mercurio, cuerpo A, pág. 2, 2 de Noviembre de 2013.

⁶ GARRIDO DORN, Carlos, “La inconstitucionalidad por omisión Legislativa”, Editorial Metropolitana, Santiago, año 2010, p. 21.

⁷ BULNES ALDUNATE, Luz “La fuerza normativa de la Constitución”. Revista Chilena de Derecho, número especial, año 1998, p. 137 a 142.

⁸ Así por ejemplo lo ha consagrado la Constitución Política de Chile:

Artículo 6º. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

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

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

Con ello, la obligatoria sujeción que deben tener los distintos órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones a lo establecido por la Constitución, debilita al antiguo carácter soberano e inequívoco del órgano legislativo, el que deberá estarse a normas constitucionales que lo limitan, al tiempo que le confieren derechos y le imponen deberes. Mediante esta sujeción de la actividad estatal a la Constitución, se busca garantizar el funcionamiento responsable y controlado de los órganos de poder, el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones conocidas y la observancia de los derechos individuales, políticos, sociales, económicos y culturales.

Los orígenes de esta transformación se remontan a finales del Siglo XIX, cuando la concepción del Estado sufre un cambio importante en relación a sus fines sociales, y especialmente, a la selección de sus medios. Se sustituye el “laissez faire”⁹ o “dejar hacer” a los particulares por una procuraduría asistencial, la garantía individual por la social, y el Estado asume un papel de garante de la colectividad¹⁰. En este contexto, el Estado se advierte como un órgano prestador de servicios sociales contenidos en normas programáticas, las que para ser plenamente eficaces, requieren de un desarrollo normativo ulterior específico. La Constitución se transforma en el motor de la programación estatal; es el Estado el encargado de alcanzar la realización efectiva de los valores y bienes consagrados en la Carta Magna.

Si la actuación positiva del legislador encuentra límites sustantivos en la Constitución, al producirse ilícitos legislativos, es decir, normas legales que han sido obra de un Poder Legislativo deliberante en el uso de sus facultades y que atentan derechamente contra la Constitución o su espíritu, y si dentro del

⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas”. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 7, N° 2, año 2009, p. 17.

¹⁰ GÓMEZ PUENTE, Marco. Ob. Cit. p. 3.

ordenamiento jurídico se encuentran limitados de la misma manera el resto de los poderes públicos: ¿por qué no han de ser contrarios también al ordenamiento y jurídicamente relevantes y reprobables determinados comportamientos omisivos del legislador?. Y si lo son, ¿qué elementos debe tener dicha omisión legislativa?, ¿se puede aplicar esta institución al derecho nacional?.

Resultaría entonces que la intervención del legislador es condición de alerta para la efectiva realización de los derechos y principios resguardados en la Carta Magna, especialmente respecto de los Derechos Fundamentales, situación que se vería determinadamente afectada por su inacción o actitud silente. Del legislador depende en cierto ámbito la satisfacción de los objetivos expresados en la Constitución, y de esa oportunidad de acción deducimos su responsabilidad en la omisión, es lógico que sobre este órgano así como descansan esperanzas también surjan cuestionamientos a la efectividad de su función y de sus silencios.

Estas son algunas de las preguntas que buscamos resolver en este trabajo, mediante el análisis de autores nacionales y principalmente de bibliografía extranjera, a lo que sumamos la exposición de casos en que el Tribunal Constitucional chileno ha adoptado diversas posturas respecto al asunto; esperamos pues, dar claridad acerca de la situación actual de esta institución en nuestro país.

En el primer capítulo, realizaremos una introducción al concepto de omisión inconstitucional, primero, descomponiendo sus vocablos, para después dar con una definición útil que nos permita desarrollar el estudio. Continuaremos exponiendo antecedentes históricos de los cuales emerge la omisión legislativa inconstitucional, refiriéndonos necesariamente al nacimiento del Estado

Constitucional y a la transformación en la comprensión del rol estatal. Posteriormente nos referiremos al concepto “omisión legislativa inconstitucional”, recogiendo definiciones de diversos autores tanto nacionales como extranjeros, y clasificando los requisitos de esta figura en dos grandes puntos o temas. El primero, corresponde a la inmadurez que demuestra el poder legislativo al enfrentar el tópico de responsabilidad por omisión, y el segundo, a la inconstitucionalidad, cuya voz declarada se compone a su vez de cuatro conceptos interdependientes: La inactividad del Poder Legislativo, el período temporal excesivo, la existencia de preceptos de obligatorio y concreto desarrollo y la ineficacia de la norma constitucional.

Proseguiremos realizando una configuración negativa del concepto, de manera de acceder a una mejor comprensión de lo que distingue a esta figura de otras similares, como la inactividad de la administración, la inejecución de leyes inexistentes y lo atingente al caso de las lagunas jurídicas.

Finalmente, realizaremos una clasificación de los distintos tipos de omisiones legislativas que se pueden presentar, distinguiendo entre omisiones absolutas y relativas, legislativas y administrativas, formales y materiales, evitables e inevitables y finalmente entre aquellas que afectan derechos fundamentales y las que no.

En el capítulo segundo y con el objeto de conocer los distintos sistemas jurídicos que han recogido la figura de la inconstitucionalidad por omisión, realizaremos un acercamiento a las principales doctrinas de derecho extranjero que contemplan mecanismos para resolver esta situación. Las naciones analizadas van desde la ex Yugoslavia, país que nos ofreció el primer antecedente de una regulación positiva de la figura, pasando por Portugal—que posee una de las regulaciones más desarrolladas e influyentes—, Brasil,

Argentina y su especial regulación en alguno de sus estados federales, Venezuela, con su sistema mixto de control, Ecuador, que contempla expresamente un control de las omisiones legislativas y Colombia, que si bien no ha previsto una acción expresa de inconstitucionalidad, su Corte Constitucional ha generado una abundante y original jurisprudencia al respecto.

En el tercer capítulo, realizaremos una exposición de las atribuciones conferidas por nuestro ordenamiento jurídico al Tribunal Constitucional, de los efectos de sus sentencias y de la tipología de las mismas con el propósito de dar cuenta de las herramientas conceptuales necesarias para el análisis de los casos en los que nuestra Magistratura Constitucional se ha pronunciado sobre las omisiones legales inconstitucionales. Respecto de las atribuciones conferidas al Tribunal Constitucional, abordaremos las distintas formas en que éste puede controlar la constitucionalidad de la ley, es decir, el control preventivo y el control represivo, abstracto y concreto, de constitucionalidad. Luego, analizaremos los efectos de las sentencias constitucionales estimatorias y desestimatorias, así como su fuerza vinculante para el propio Tribunal Constitucional y para los demás órganos del Estado, en particular, lo relativo a los demás tribunales de justicia y al poder legislativo. Finalmente, analizaremos la tipología de las sentencias constitucionales, dado que en las últimas décadas la jurisprudencia constitucional ha imaginado y dictado sentencias que exceden la mera declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, llegando a señalar la interpretación que debe darse a la misma, exhortando al legislador a dictar o complementar una ley o conjunto de leyes, e incluso, en algunos países, modificando el texto de la ley sujeta al control de constitucionalidad.

En el cuarto capítulo, realizaremos una descripción y análisis de los distintos casos en que nuestra magistratura constitucional, con motivo del control de

constitucionalidad de la ley, ha debido pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de preceptos legales cuyo acuse de inaplicabilidad o inconstitucionalidad se fundamenta en omisiones legales inconstitucionales, relativas o absolutas, en que ha incurrido el legislador al dictar la norma sujeta a control. Conforme a las conclusiones a que lleguemos al realizar el análisis de los casos recién referidos, expondremos resumidamente las distintas formas en que se ha presentado la omisión legal inconstitucional en nuestro ordenamiento jurídico y la forma en que nuestra jurisdicción constitucional ha hecho frente a las mismas.

Finalmente, en base a las conclusiones a que lleguemos en virtud del referido análisis, buscaremos descifrar los distintos criterios que ha utilizado nuestro Tribunal Constitucional para resolver las omisiones legislativas inconstitucionales surgidas con motivo de los distintos controles de constitucionalidad de las leyes realizados por el referido órgano.

CAPÍTULO I: LA OMISIÓN LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

1.- Inconstitucionalidad por omisión.

1.1.- Concepto.

El concepto de inconstitucionalidad por omisión legislativa tiene su origen en el desarrollo doctrinal moderno el que paulatinamente ha sido recogido por distintos ordenamientos jurídicos. Para poder abordar el concepto en estudio proponemos en primer lugar realizar un análisis de los términos que lo componen.

1.2.- Significado del vocablo Omisión.

La omisión se define como inactividad o inacción, “abstención de hacer o decir”; “falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado”¹¹, también se asimila a algunos sinónimos conocidos tales como descuido, olvido, desatención, falta, ausencia, entre otros. Si bien ese es el sentido coloquial de la expresión, el uso y origen jurídico del concepto se encuentra en el derecho romano el que lo utilizó tanto en el derecho público como privado, al referirse a casos en que el juez se abstenía a dictar sentencia y al olvido del testador de uno o más herederos forzosos, sirviendo esta última acepción de base a la institución de la preterición.

¹¹ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española 22ª, Ed.

A pesar de que el desarrollo del concepto, tal como lo señalamos, se remonta varios siglos atrás, es el área del Derecho Penal la que nos provee de una construcción conceptual útil para la figura que plantearemos en esta investigación.

De esta manera, tal como lo señala el profesor Juan Bustos, “El tratamiento de la omisión en la dogmática penal es reciente. En el siglo XIX, no había mayor preocupación por el delito cometido por omisión, al cual se le aplicaban las mismas reglas que los de comisión. Los peligros de la vida moderna hacia plantearse en ciertos y determinados casos un deber de actuar del ciudadano. Doctrinariamente, el punto de partida son las observaciones de Radbruch en Alemania(1904) que, cuestionando el concepto omnicomprendido de acción que postulaba el causalismo, señaló que las estructuras de la acción y la omisión son radicalmente diferentes”.¹²

Ahora bien, la característica básica de la omisión es que es un concepto en referencia. No existe una omisión en sí, sino siempre en relación a una determinada acción¹³. De esta manera, detrás de la estructura típica de omisión hay siempre una norma de mandato que obliga a una determinada acción que no es realizada por el sujeto, la omisión se define siempre en referencia a una determinada acción, de otro modo se vulneraría el principio de legalidad¹⁴.

Tal como lo expone José Julio Fernández Rodríguez¹⁵, en el derecho penal los delitos y faltas pueden provenir tanto de acciones como de omisiones de

¹² BUSTOS RAMIREZ, Juan, Obras Completas, Tomo I. Ara Editores, Lima, año 2005, p. 973.

¹³ Vease: WELSEL, Hans, “Derecho Penal Parte General”, traducción Carlos Fontan. Roque de Palma Editor, Buenos Aires, año 1956, p. 206 y WELSEL, Hans. “Derecho Penal Alemán”. Editorial Jurídica de Chile, 12ª edición, 3 edición catellana, año 1987.

¹⁴ BUSTOS RAMIREZ, Juan, Ob. Cit. p 974.

¹⁵ FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio. “Aproximación al Concepto de Omisión Legislativa”. En “En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión”.

carácter doloso o culposo, siempre que estén previstas en la ley. Tanto la acción como la omisión son conductas humanas de las cuales se pueden desprender manifestaciones de voluntad y para que estas sean jurídicamente relevantes es necesario que dichas acciones u omisiones generen efectos jurídicos penales. Se requiere para que el ordenamiento jurídico penal reaccione frente a estos comportamientos de una conducta infraccional, es decir, una acción u omisión tipificada y penada por la ley.

Así, particularmente respecto de la omisión, esta es entendida como la no realización de lo que la ley ordena, es decir, el incumplimiento de un precepto imperativo, adquiriendo así una naturaleza normativa. Aquella situación, que origina la posterior reacción del ordenamiento penal, es la omisión de realizar aquello a lo que la ley obliga. De esta manera emerge de la norma penal, que ordena la ejecución de un hecho determinado, la obligatoriedad de la conducta, no teniendo este deber de actuar una existencia pre jurídica, es decir, nace de la ley, esto lo convierte en un deber de actuar de naturaleza imprescindible e irrenunciable respecto de los sujetos destinados a ella.¹⁶

Este concepto de omisión se trasladó al seno del derecho constitucional para crear el concepto que resulta útil para el análisis objeto de esta memoria, ya que le otorga una carga de antijuridicidad y de reprochabilidad necesaria y útil para la formulación del mismo, que entendemos de una manera simplificada, como una “vulneración del ordenamiento jurídico a causa de un dejar de hacer por parte de quien esta obligado a actuar, dicha obligación tiene su origen en una norma vigente al momento de suceder la infracción”¹⁷. La omisión presupone siempre la existencia de un determinado sistema de

Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, Segunda edición, año 2007, p. 21.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 22.

¹⁷ *Ibíd.*

relaciones sociales del cual surge la exigencia a alguien de que en determinadas condiciones lleve a cabo una determinada acción.¹⁸

En relación a lo anterior, consideramos que la omisión jurídica posee de dos elementos cardinales: 1.- una norma que demande un determinado hacer a algún destinatario o que espere de él un cierto comportamiento (elemento formal u objetivo) y 2.- un sujeto que, estando obligado a su cumplimiento, voluntaria o imprudentemente la transgrede, no acatándola en absoluto u observándola de manera incompleta o inacabada (elemento material o subjetivo).

Consecuentemente, esta última conceptualización nos lleva a obtener dos tipos de omisión: una absoluta, que implicará una inactividad permanente y rotunda; y una relativa o parcial, que significará un cumplimiento deficiente de la norma, que aunque en ciertos casos implique un incipiente cumplimiento de la misma, sigue vulnerándola. Conceptualización básica de la figura de omisión legislativa que abordaremos en detalle más adelante.¹⁹

1.3.- Significado del vocablo Inconstitucionalidad.

Inconstitucionalidad corresponde a aquello opuesto a la Constitución del Estado²⁰, nosotros además nos referimos como una conducta vulneradora de la Constitución. Dichas vulneraciones son generalmente pero no exclusivamente acciones, las que pueden provenir ya sea de particulares o bien del Estado, quienes en su actuar realizan conductas contrarias a lo estipulado en la Carta Magna. Así como las causas de dichas vulneraciones son diversas, también lo

¹⁸ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Ob. Cit. p. 974.

¹⁹ La mayoría de los autores coincide, al menos en esta clasificación básica, no obstante se puedan agregar otras, como veremos más adelante.

²⁰ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española 22ª Ed.

son las consecuencias que dichas las infracciones provocan, las que pueden ir desde vulnerar derechos fundamentales a desatender a alguna parte orgánica determinada entre tantas otras. Lo que las hace comunes es que todas ellas suponen un atentado a los principios básicos del ordenamiento jurídico, expresados en el texto constitucional.

1.4.- Voz compuesta “Inconstitucionalidad por Omisión”.

El concepto que se origina al unir los dos vocablos antes tratados, no es del todo pacífico, ya que de su unión se obtiene un idea de contenido complejo y a veces difuso. Con el objeto de ir limitándolo, señalamos que el elemento formal, el tipo de norma susceptible a ser vulnerada por la omisión, es a nuestro juicio, siempre el texto constitucional, no siendo aplicable esta institución respecto de normas de inferior jerarquía, como leyes simples, reglamentos y decretos.

En segundo lugar, al referirnos al elemento subjetivo, es decir, al sujeto obligado a actuar, existen dos grandes grupos de pensamiento:

El primero se refiere a aquellos que conciben el instituto con un carácter extenso. Entienden que la vulneración de normas constitucionales puede producirse por la inactividad de los poderes públicos en un sentido general con lo que se incluyen determinados actos políticos, actos administrativos e incluso ciertas decisiones judiciales^{21 22}.

Mientras que existe otro sector que postula una dimensión más reducida sobre la inconstitucionalidad por omisión, entendiendo que esta se limita sólo a la inercia del Poder Legislativo, excluyendo al resto de los poderes del Estado

²¹ FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio, Ob. Cit. p. 24

²² En este grupo de autores se incluye a Nicolo Trocker, Jorge Miranda, Néstor Sagües, German Bidart, entre otros.

de la posibilidad de infringir de forma pasiva el mandato constitucional y, generalmente, incluyendo más variables a la figura. Entre estos autores destacamos Ignacio Villaverde, Gaetano Silvestri, José Joaquim Gomes Canotinho²³, entre otros.²⁴

La omisión inconstitucional que nos parece relevante tratar en este estudio, es aquella en que la norma vulnerada sea de rango constitucional y que la omisión provenga del Poder Legislativo. El objeto de esta memoria se identifica con la desobediencia del texto constitucional concreto, por parte del órgano encargado de la función legisladora y es en tal sentido que la analizaremos a continuación.

La omisión inconstitucional es definida en un sentido negativo, un “no hacer”, comportamiento que implica un silencio de quien está obligado a realizar una conducta determinada, conducta que deriva de una norma constitucional concreta, que implica un mandato para quienes están obligados por la Norma Fundamental en un Estado de Derecho determinado.

2.- Inconstitucionalidad por omisión legislativa.

2.1.- Antecedentes.

El nacimiento de la omisión legislativa inconstitucional es producto de las constituciones producidas en el periodo de posguerra a mediados del siglo XX, momento del todo relevante para la teoría constitucional moderna, ya que desde ahí, con el fin de evitar atrocidades pasadas, es que se le presentan y exigen a los órganos públicos numerosas nuevas actuaciones específicas,

²³ GOMES CANOTILHO, Joaquim, “Contituição dirigente e vinculação do legislador”, Coimbra, Coimbra Editora, Portugal, año 1982.

²⁴ FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio, Ob. Cit. p. 26.

inspiradas principalmente en el resguardo de los derechos fundamentales, tanto colectivos como individuales, que habían sido atropellados recientemente.²⁵ Esto produjo que los nuevos textos constitucionales ordenasen mandatos de actuación a los poderes constituidos, con el fin de materializar efectivamente el proyecto constitucional respetuoso a los derechos del hombre²⁶. De este modo, coincidentemente con el nacimiento del Estado social de derecho, surgen también los llamados mandatos de desarrollo legislativo, que implican una manera de realizar la función legislativa limitada de doble manera: en un sentido negativo, por cuanto la Constitución señala los límites formales y sustantivos del ejercicio del poder legislativo, y en sentido positivo, al contener la Carta Magna verdaderos mandatos al legislador, no sólo referidos al contenido previsible de las determinaciones legales, sino incluso a la oportunidad de la intervención legislativa.²⁷ Esta situación fue el resultado de una preocupación por afianzar la justicia constitucional, garantizar el bien común y la seguridad jurídica.

Como origen de esta reforma es importante traer como antecedente la crisis del Estado liberal a mediados del siglo XX. En el periodo de post guerra, se transforma la manera de concebir el rol del Estado desde una posición meramente abstencionista o vigilante, respetuosa de las libertades personales, en que la inactividad de los poderes públicos constituía la mejor garantía para el respeto a la esfera de libertad individual²⁸. En este sentido, la inactividad o abstención del Poder Legislativo no ofrecía sospechas de poner en riesgo los derechos de los sujetos, al no tener este órgano una exigencia de actuar en

²⁵ Vease NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales", Universidad Nacional Autónoma de México, año 2003, p. 4 y siguientes.

²⁶ Antecedentes importantes son entre otros la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto de San José de Costa Rica (1969), instrumentos que adquieren rango constitucional.

²⁷ GOMES PUENTE, Marco, Ob. Cit. pp. 40.

²⁸ TAJADURA TEJADA, Javier, "La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales", en "En busca de normas ausentes, ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa", Ob. Cit. p. 272.

pos de la promoción de los mismos, sino que la idea era otorgar el más amplio marco a los particulares, para que fueran ellos los encargados de velar y potenciar sus propios derechos. Esta manera de comprender la función del Estado explica el carácter simplemente revisor de algunos sistemas de control de constitucionalidad, que tienen por objeto la adecuación a la Constitución de los actos legislativos positivos, que eran los únicos a los que cabía atribuir como potencialmente lesivos del ámbito de interés individual, que el marco de derechos fundamentales fuertemente garantizaba.²⁹

Esta situación se transforma sustancialmente cuando a partir de la segunda mitad del siglo XX la concepción de estado liberal cambia. Se transita desde la posición vigilante, señalada en el punto anterior, a que el Estado adopte una actitud activa, interventora, regulatoria y prestacional de derechos. De esta manera, sostendrá junto con la libertad, la propiedad y la seguridad del constitucionalismo liberal, los valores de la justicia y la solidaridad, insuflando toda una dimensión social al derecho, que se proyecta en el nuevo Estado social de derecho³⁰. Así, tal como lo señala Cea, “la idea de Constitución se ha transformado, dejando paulatinamente de ser sólo la manifestación de la potestad estatal suprema, para subordinarse al valor de la dignidad de la persona y de sus derechos esenciales”.³¹

Esta nueva realidad se vería potenciada con el surgimiento de los denominados derechos fundamentales de segunda generación, cuyas características son, que a diferencia de los de primera generación, estos

²⁹ Vease: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, *Revista de Estudios Constitucionales*, año 7, N° 2, Año 2009, p. 143-205.

³⁰ HARO, Ricardo, “Constitución Poder y Control”, Universidad Nacional Autónoma de México, año 2002, p. 13 y siguientes.

³¹ CEA EGAÑA, José Luis, “Rasgos del Derecho Público Contemporáneo”, en “Nuevas Tendencias del Derecho Constitucional”, Sergio J. Cuarezma Terán Rafael Luciano Pichardo Directores, INEJ Editores, Nicaragua, año 2011 p. 20.

implican una verdadera exigencia dirigida al Estado para que realice prestaciones a favor de los ciudadanos. Es decir, para asegurar la efectiva aplicación y resguardo de los derechos es menester que el Estado tenga un rol activo, exigirlos, asegurarlos e incentivar su reconocimiento y promoción. Este objetivo lo alcanza principalmente a través de la realización de prestaciones a favor de los ciudadanos, con el fin de que estos alcancen el mayor grado de desarrollo posible en el plano de su individualidad.

Tal situación obliga a un cambio en el sentido en que el Estado entiende su rol, provocando que este, a través de sus diferentes órganos, sea el ente responsable de garantizar los derechos de los individuos y de la colectividad expresados en la Constitución, transformándose así en un asegurador y protector de ella. Consecuencialmente, provoca también la lógica necesidad de la intervención del Poder Legislativo, para alcanzar la efectiva promoción y protección de los derechos e intereses individuales y colectivos constitucionalmente protegidos, principalmente a través de la promulgación de leyes que apoyen los requerimientos constitucionales. Este objetivo puede ser obstaculizado si el legislador asume una actitud silenciosa, cuando lo requerido para asegurar el efectivo resguardo de derechos sea precisamente lo contrario.³² Dicha circunstancia es la que origina la necesidad de reconsiderar las modalidades del control de constitucionalidad respecto del legislador, para poder enjuiciar la validez de dichas conductas omisivas.

2.2.- Concepto.

El concepto de omisión inconstitucional no es nuevo, su origen se remonta a mediados del siglo pasado cuando, según coinciden los autores, fue el abogado alemán W. Wessel el pionero en señalar el tratamiento del tema,

³² GOMES PUENTE, Marcos. Ob. Cit. p.3.

afrontándolo desde bases científicas. Es él “quien dota por primera vez de entidad propia al concepto de “omisión del legislador” configurándolo como fundamento posible del Verfassungs/ veschwerde”, es decir, admitiendo la posibilidad de vulneración en un no hacer del legislador”³³, siendo esta vulneración provocada por el legislador al fundamento mismo de su origen, la Constitución.

Desde aquel momento este concepto ha sido desarrollado por numerosa doctrina extranjera, pero aún carece de una definición que sea aceptada por la mayoría. Es por esto, que para facilitar la comprensión hemos decidido citar algunas de las distintas propuestas sobre las conceptualizaciones acerca del tema, de manera de lograr su adecuada comprensión.

En primer lugar, en el desarrollo europeo del concepto destacan el alemán Wessel y el italiano Moratti³⁴, quienes han influido significativamente en otorgarle a la omisión legislativa inconstitucional un espacio en el desarrollo doctrinario en el derecho moderno, así en palabras del italiano Nicolás Trocker se indica que “la omisión consiste en un no hacer que constituye un violación de una obligación de una actividad impuesta por una norma constitucional”³⁵

Es sin duda la doctrina portuguesa la que más se ha ocupado de esta cuestión. Entre sus autores destacados, se encuentran José Gomes Canotilho, quien ha definido la omisión legislativa inconstitucional como el incumplimiento de mandatos constitucionales permanentes y concretos³⁶

³³ AHUMADA RUIZ, María: “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N° 8, enero-abril, Madrid, España. año 1991. p. 169 y ss.

³⁴ TAJADURA TEJADA, Javier, Ob. Cit. p. 273.

³⁵ AHUMADA RUIZ, María, Ob. Cit. p. 172.

³⁶ GOMES CANOTILHO, Joaquim. “Dereito constitucional”. Coimbra 6ª edición, Almedina, año 1993, Portugal. p.1080 y ss.

En el contexto latinoamericano destaca Jesús María Casal Hernández, Doctor en Derecho y Decano de la Universidad Católica Andrés Bello de Venezuela, quien se refiere a la omisión legislativa como aquella que “se produce cuando el legislador no observa, en un tiempo razonable o el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar, impuesto, expresa o implícitamente, por la Constitución, o cuando en cumplimiento de la función legislativa, se dicta una regulación no acorde con la Constitución, por haber omitido previsiones que la norma suprema exigía.”³⁷

De manera similar lo ha entendido el constitucionalista y ex Magistrado del Tribunal Constitucional de Perú Gerardo Eto Cruz, quien indica que, “la inconstitucionalidad por omisión, es la que resulta por el silencio o la inercia de cualquier órgano de poder, el cual deja de hacer o practicar un mandamiento expreso por la Constitución en un tiempo razonable, ocasionando por ello un perjuicio, expandiendo un efecto dañino a todas las personas que podrían invocar a su favor la norma constitucional aún no reglamentada por el legislador”³⁸

En el derecho nacional, si bien existe poco desarrollo doctrinal al respecto, una de las primeras voces en desarrollar el concepto de la omisión inconstitucional fue la ex Ministra del Tribunal Constitucional Luz Bulnes Aldunate, quien señala los aspectos doctrinales que deben presentarse para poder identificar la figura en estudio. Al respecto, indica “La Constitución puede establecer principios y preceptos que impongan al legislador la obligación de establecer normas que la desarrollen. Esta obligación puede estar señalada expresa o puede resultar de su propia naturaleza. Para que se origine la

³⁷ CASAL H, Jesús María, “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas” en “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano edición 2003”, Konrad-Adenauer-Stiftung, 9ª Edición, Uruguay, año 2003 p. 51.

³⁸ ETO CRUZ, Gerardo. “La inconstitucionalidad por omisión. Doctrina Constitucional.” Editorial Trujillo. Perú, año 1992, p. 237-307.

omisión legislativa se requiere que el silencio del legislador produzca una situación contraria a la Constitución, sea que exista o no la obligación de legislar una determinada materia. La Omisión se caracteriza siempre por el incumplimiento de una obligación expresa o implícita, de desarrollar una disposición o precepto constitucional.”³⁹

De los conceptos señalados se desprende que para configurarse las inacciones como omisiones constitucionales se requiere, además de la abstención lesiva, que esta sea inconstitucional, al vulnerar los principios de la Carta Magna. Así también es menester que exista una exigencia constitucional de la acción omitida, siendo el sujeto activo de la omisión el órgano legislativo.

En dichos conceptos se constituye como agente de la omisión al legislador, tal como lo señala la profesora María de los Ángeles Ahumada haciendo referencia al autor italiano Constantino Moratti, expresando que la “omisión legislativa hace referencia a todo tipo de abstención de disponer frente a lo prescrito, según los términos de la Constitución”⁴⁰

Para centrarnos en el objeto de estudio de este trabajo, al hablar de inconstitucionalidad por omisión, necesariamente debemos acercarnos a la actividad legislativa realizada, analizando el contenido y alcance de la potestad del ente legislador para configurar normativamente el ordenamiento jurídico y así comprender desde qué inacción proviene el perjuicio y la consecuente vulneración constitucional de qué se trata.

³⁹ BULNES ALDUNATE, Luz “La inconstitucionalidad por omisión” Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, año 4 n° 1 Editorial Universidad de Talca, Santiago Chile, año 2006, p. 252.

⁴⁰ AHUMADA RUIZ, María de los Ángeles. Ob Cit., p.169.

La inconstitucionalidad por omisión legislativa implica un desconocimiento del legislador de su deber de someter su actividad a la Constitución. De esta manera el silencio de éste, su omisión, es considerada una expresión atípica de su función legislativa, un hecho que se torna asimilable a que hubiese dictado una ley contraria a la Constitución.

Por tanto, esto implica comprender que el legislador no es libre de decidir no legislar sin más, ya que se encuentra implícito en la Constitución el resguardo de ciertos principios o derechos, los que pueden ser vulnerados y afectados por la inacción del órgano legislativo. Sin embargo, no todo silencio se configura como contrario a la Constitución, sino que sólo aquellos silencios ya sean de la ley (una norma legal que contenga omisiones) o del legislador (caso en que no legisle debiendo hacerlo), provoquen situaciones jurídicas contrarias a la Norma Fundamental.

Una definición que es comúnmente usada, es la del Doctor español José Julio Fernández Rodríguez, uno de los mayores exponentes de la teoría de omisión legislativa inconstitucional, quien señala “La inconstitucionalidad por omisión es la falta de desarrollo por parte del poder legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación”.⁴¹ De esta definición se pueden extraer los elementos que configuran una omisión inconstitucional, que utilizaremos más adelante.

En el desarrollo nacional respeto del concepto, existe un reconocimiento a la existencia de la omisiones inconstitucionales ya en el año 1969 por el académico Raúl Bertelsen Repetto, quien señalaba que “la ausencia de limitaciones constitucionales a la actividad legislativa o una imprecisión en

⁴¹ FERNANDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, Ob. Cit, p. 29.

dichas limitaciones, puede conducir en la práctica de la ineficacia al control de constitucionalidad de la ley”⁴², destacando el control de constitucionalidad que se puede realizar respecto de los preceptos imperativos “ante ellos el control de la ley es ineficaz por naturaleza, por estar este destinado a corregir actuaciones y no a sancionar omisiones legislativas, que son las actitudes del legislador que atentan contra los preceptos constitucionales imperativos”, explicando mejor su posición, al hablar de derechos sociales y la necesidad de reconocer a las personas derechos tales como la educación y el trabajo estableciendo, dice el autor, “para el Estado la obligación de crear las condiciones que permitan a los hombres ejercer estos derechos, se enuncian fines y se establece un programa de acción para el legislador, pero por el sentido mismo de estos nuevos derechos se aprecia la dificultad de controlar la actividad legislativa, ya que es el conjunto de leyes...el que cumplirá o no con los fines señalados por la Constitución, y así es difícil apreciar el efecto de una ley que es lo que en este caso determinaría su inconstitucionalidad al producir otras condiciones sociales y económicas que las anheladas por la Constitución. Esta dificultad de controlar es para el caso que haya actividad, pero por ordenarse al legislador actuar en un sentido determinado si no actúa, no respeta la Constitución y no vemos como pueden controlarse estas omisiones del legislativo que son sin duda inconstitucionales”⁴³

En relación a lo anterior, se desprende que el legislador dispone de un amplio radio de autonomía para ejercer su función, así también de cómo determinar el alcance de los contenidos de su actividad legislativa, pero que dicho espacio de determinación posee un límite negativo que le es infranqueable. Este es el deber de sometimiento y concordancia que debe tener en su actuar y principalmente en sus resultados, la ley, con los principios

⁴² BERTELSEN REPETTO, Raúl (1969): “Control de constitucionalidad de la ley”, Editorial Jurídica. Chile, año 1969, p. 140.

⁴³ *Ibidem.* p. 24.

y mandatos que la Constitución establece. Es por esto que cuando un precepto legal contenga infracciones a esta, se podrá configurar un vicio de inconstitucionalidad al carecer el precepto desarrollado del contenido exigido por los mandatos establecidos en la Carta Fundamental.

En el ordenamiento nacional, la calidad que las disposiciones constitucionales sean directamente aplicables deriva del artículo 6º inciso 2º de la Constitución Política⁴⁴. Este enunciado puede desglosarse en la afirmación de que las disposiciones constitucionales i) son verdaderas normas jurídicas⁴⁵; ii) obligatorias⁴⁶; iii) no constituyen meros programas, idearios o planes⁴⁷; y iv) su transgresión debe conducir a la correspondiente sanción⁴⁸.

De esta manera, se configurará la figura de la omisión legislativa cuando la Constitución inste al legislador a dictar una ley para tratar una materia determinada y este no lo haga, como en el caso de las normas imperativas de la Constitución, en las cuales el constituyente releva al legislador la misión de establecer leyes y procedimientos para resguardar o desarrollar un derecho establecido en la Norma Fundamental y el Poder Legislativo no lo haga o lo hace imperfectamente, provocando la ausencia de ley o la existencia de una reglamentación incompleta, es decir, una inacción total o parcial de esta, respectivamente, cuyas consecuencias vulneran lo mandado en la Carta Magna.

⁴⁴ ALDUNATE LIZAMA, Eduardo. "La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII, 2009, p. 446.

⁴⁵ BULNES ALDUNATE, Ob. Cit. pp. 137.

⁴⁶ CEA EGAÑA, José Luis, "Sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica", Universidad Austral de Chile, Valdivia, año 1999 p.180.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, "La fuerza normativa de la Constitución", en Revista de Derecho Público Nº 63, Universidad de Chile, año 2001, p. 78.

El autor José Gomes Canotilho, académico portugués y una de las voces más autorizadas en el desarrollo del tema se refiere a la omisión legislativa inconstitucional cuando “el legislador no hace algo que positivamente le es impuesto por la Constitución. No se trata de un simple no hacer; sino, de un no hacer aquello a lo que, de forma concreta y explícita, estaba constitucionalmente obligado”⁴⁹

2.3.- Requisitos de la omisión inconstitucional legislativa.

Así como no existe un concepto unánime que defina la inconstitucionalidad por omisión legislativa, la doctrina tampoco nos ofrece un consenso respecto de los requisitos o presupuestos necesarios para que se configure esta figura.⁵⁰ Coincidimos con Francisco Fernández Segado⁵¹ en que “La inconstitucionalidad de una omisión exige constatar que el legislador ha incumplido la obligación que la Constitución le exige de dictar un texto legislativo con el que dar adecuada respuesta a un mandato constitucional o

⁴⁹ GOMES CANOTILHO, Joaquim. “Contituição dirigente e vinculação do legislador”, Coimbra Editora, Portugal, año 1982, p.331.

⁵⁰ El numero de elementos varía dependiendo de la fuente a consultar, Vgr. Morón Urbina sólo destaca cuatro elementos a señalar: a) una exigencia constitucional impuesta al legislador para actuar positivamente; b) la inacción o abstención del mismo respecto a ese deber; c) el trascurso del tiempo que genera fraude constitucional y d) la ineficacia de la voluntad del constituyente. En “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico” , Revista Peruana de Derecho Constitucional, Lima Nº 1, 1999, p.461.

Otro ejemplo es Carlos Dorn Garrido en la obra citada, La inconstitucionalidad por omisión legislativa, destaca solo tres: a) Especificidad y determinación del mandato constitucional; b) Existencia de un límite temporal (tanto de la obligación constitucional como el tiempo requerido para su aplicación) y c) la ausencia de medidas legislativas necesarias para cumplir con el mandato constitucional.

También destacamos a Gerardo Eto Cruz, quien en “Una defensa Constitucional: La acción de inconstitucionalidad por omisión”. En: “Constitucionalismo y derechos humanos”. Editora jurídica Grijley, Lima, año 2002. P. 95 y siguientes, señala tres: “Los presupuestos serían, en líneas generales, los siguientes: 1.-Que el no cumplimiento o desarrollo de la Constitución derive de la violación de una norma específica: 2.- Que dicha norma constitucional no sea exigible en sí misma (operativa), sino de naturaleza estrictamente programática y 3.- Que, en las circunstancias concretas de la producción legislativa falten las medidas necesarias para tornar exigibles y operativas dichas normas.

⁵¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, Ob. Cit. p.34.

con el que posibilitar la plena eficacia de una determinada previsión constitucional, incumplimiento que se ha prolongado en el tiempo más allá de un “plazo razonable”, pero también exige verificar de igual modo que la ausencia de esa normación “constitucionalmente debida” ha propiciado la vigencia de normas preconstitucionales en contradicción con los mandatos constitucionales, o que se ha producido una situación en las relaciones jurídico-sociales inequívocamente opuesta a las previsiones de la Constitución”⁵². Siguiendo la misma línea, el autor se refiere a los requisitos respecto de las omisiones inconstitucionales legislativas relativas, en donde explica que “la verificación de la inconstitucionalidad de una inacción del legislador, tratándose esta de una omisión parcial o relativa, requiere verificar que el poder legislativo, al dictar el texto, ha incurrido en una omisión parcial vulneradora del principio de igualdad, al generar, por ejemplo, una exclusión arbitraria de beneficio.”

Si bien estos elementos nos acercan a un análisis de la materia en cuestión, encontramos en la teoría de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, representada principalmente por Julio Fernández Rodríguez, el análisis que nos ofrece una mayor cantidad y calidad de elementos que componen la omisión inconstitucional, razón por lo cual utilizaremos su definición⁵³ para descomponer los elementos que la conforman.⁵⁴ Esto no implica en lo absoluto que la figura en cuestión deba guardar necesariamente el orden que pasamos a exponer.

⁵² *Ibíd.*

⁵³ La inconstitucionalidad por omisión es la falta de desarrollo por parte del poder legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación”.

⁵⁴ FERNANDEZ RODRIGUEZ, Jose Julio. *Ob. Cit.* p. 29.

a) Falta de desarrollo por parte del poder legislativo.

El cambio sufrido en el constitucionalismo a partir de la Segunda Guerra Mundial, en la relación que el legislador mantiene con la Constitución, es especialmente relevante ya que antes del periodo señalado existía una plena discrecionalidad del poder legislativo para generar la normativa que deseara. Esta concepción ha dado paso a una libertad de configuración que debe necesariamente armonizarse con la vinculatoriedad de los mandatos constitucionales. Lo anterior se manifiesta en que de existir un mandato constitucional que requiera mediación legislativa, el legislador queda automáticamente comprometido a llevarlo a cabo a través de su actividad, debiendo promulgar la ley o las leyes convenientes para otorgarle eficacia. El cumplimiento de esta orden o mandato no depende de la libre voluntad del legislador, a eso nos referimos cuando señalamos que queda normativamente obligado.

El referido déficit en la producción del órgano legislativo se entiende en un sentido amplio. Es decir no solo implica la total ausencia de legislación cuando debe haberla, sino también la existencia de una normativa parcial, incompleta o insuficiente, como por ejemplo al generar una regulación que olvide tratar algún punto indivisible o inseparable de la materia en cuestión o porque trata parcialmente al sujeto pasivo de ella, con la consecuente vulneración al principio de igualdad. En todos estos casos, estamos frente a una inacción por parte del legislador, que provoca una situación no deseada por la Carta Magna concretamente al no contener todos los supuestos que la norma constitucional amerita, situación que genera consecuencias jurídicas contrarias.

Existen algunas conceptualizaciones referidas a la omisión legislativa inconstitucional que agregan a la falta de desarrollo por el poder legislativo un

elemento intencional, es decir que, este órgano, mediante su inacción, vulnera la constitución voluntariamente, siendo esta omisión consecuencia de una falta de normación intencionada, buscada por el Poder Legislativo.⁵⁵

Este criterio es de difícil aceptación, principalmente por la subjetividad que implicaría una configuración de la omisión legislativa, basada en la intencionalidad del legislador, ya que esta característica no permite afirmar una diferencia esencial entre aquellos vacíos regulatorios causados por negligencia, olvido, impericia o descuido intencionado. Es por esta razón que, para efectos de este trabajo, preferimos referirnos simplemente como la falta de desarrollo por parte del poder legislativo, poniendo principal atención en las consecuencias vulneradoras de esta inacción respecto de la Carta Magna.

b) La inconstitucionalidad.

b.1) Inactividad del poder legislativo.

La omisión o inacción debe provenir del órgano encargado de la actividad legislativa, función que le corresponde en un Estado de derecho democrático al Poder Legislativo, quien posee total legitimidad para llevar a cabo las disposiciones constitucionales, dado que es elegido directamente por el pueblo, cuando éste se encuentra ejerciendo su soberanía a la hora de votar. Esta pasividad puede ser voluntaria o involuntaria, siendo determinante que en el ejercicio de su actividad el legislador incumpla con el mandato de actuación que implica el proyecto constitucional. Esta inercia del Poder Legislativo produce un cierto rechazo al cumplimiento cabal de lo ordenado por la Constitución.

⁵⁵ Véase: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, Ob. Cit.

En el sentido actual de la organización del Estado democrático de Derecho, la función legislativa se halla doblemente limitada: en un sentido negativo, en cuanto la Constitución señala los límites formales y sustantivos del ejercicio del Poder Legislativo⁵⁶ y en sentido positivo, por contener verdaderos mandatos al legislador, no solo referidos al contenido previsible de las determinaciones legales, sino incluso a la oportunidad de la intervención legislativa⁵⁷. De esta manera, la Constitución viene a funcionar como una norma básica de objetivos, cuyo desarrollo competiría de manera muy importante a los órganos legislativos, los cuales poseerían una discrecionalidad variable en el ejercicio de su función, principalmente respecto a la oportunidad y al contenido de las normas, que debe ser concordante a la voluntad constitucional directamente dependiente de la naturaleza del valor, derecho o aspecto cuya regulación legal ha de concretarse.

Esta situación no implica de ninguna manera restarle valor a la fuerza normativa de la Carta Magna. Así, tal como lo señala Eduardo Aldunate: “La afirmación de la Constitución como norma directamente aplicable no va esencialmente aparejada, como suele pensarse, a la idea de que no es necesaria la mediación legislativa que desarrolle sus disposiciones, sino que quiere decir que, incluso en aquellos casos en que se precisa de la actividad legislativa, la constitución puede ser aplicada como fuente para determinar la correspondiente omisión y activar los mecanismos de control asociados.”⁵⁸

Resultan especialmente relevantes aquellos mandatos al legislador que guardan relación con los valores fundamentales que inspiran el texto constitucional, la libertad y la igualdad, en torno a los cuales se reconoce y garantiza una serie de instituciones, principios, derechos y libertades. Frente a

⁵⁶ Artículos 46 y siguientes de la Constitución Política de la República de Chile

⁵⁷ GÓMEZ PUENTE, Marco Ob. Cit. p.4 y siguientes.

⁵⁸ ALDUNATE LIZAMA, Eduardo: Ob. Cit. p. 446.

estos pueden inferirse deberes de actuación legislativa, no solo respecto a los límites materiales de las medidas legislativas, sino que también en cuanto a su oportunidad temporal, de manera que pueda declararse inconstitucional la dilación indefinida en la adopción de aquellas.

b.2) Periodo temporal excesivo.

Los preceptos constitucionales que necesitan desarrollo legislativo no contemplan, salvo en casos especiales, plazos perentorios en los que deban actuar los poderes constituidos⁵⁹, sino que generalmente le conceden libertad a éstos para llevar a cabo su proyecto jurídico-político. El proceso decisorio en el ejercicio de la función legislativa implica momentos tales como el conocimiento, discusión y el alcance de un consenso mayoritario sobre los temas materia de ley, por lo tanto, la actividad legislativa, para llevar a cabo su misión, requiere de un tiempo que es de difícil determinación. Esta realidad, junto a la movilidad democrática de los miembros que lo componen, dificulta establecer límites temporales fatales para la realización de la actividad legislativa.

Esta circunstancia no puede ser un motivo para el incumplimiento y la no realización del texto constitucional. Es por ello que en la teoría de la inconstitucionalidad por omisión legislativa se plantea que la expresión adecuada es la de un “periodo excesivamente largo o razonable”. Esta expresión permite modulaciones, que pueden entenderse como un tiempo irrazonablemente largo y que a priori carece de concreción⁶⁰, por lo que quedaría en manos del órgano competente, por ejemplo la Magistratura Constitucional propia de cada ordenamiento jurídico, determinar si ha transcurrido o no ese tiempo, debiendo considerarse las distintas circunstancias

⁵⁹ Un caso en Chile es el Art 67 de la C.P.R, respecto de la ley de presupuestos.

⁶⁰ FERNANDEZ RODRIGUEZ, Julio, Ob. Cit. p.33.

que existan en el momento de resolver el asunto, que pueden ser de variada naturaleza (políticas, sociales, económicas, materiales, entre otras).

Este elemento es uno de los temas que mayor incertidumbre causa entre la doctrina, en tal grado que incluso hay quienes no lo consideran trascendental para la elaboración del concepto⁶¹. La inclusión de tal característica como un elemento de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, somete a una consideración totalmente subjetiva la determinación del concepto, ¿cuándo ha transcurrido un periodo excesivamente largo para que el Poder Legislativo legisle?

No existe un parámetro cierto para contestar esta pregunta, lo que si es posible es estimar que el silencio legislativo no es una omisión inconstitucional desde el mismo instante en que existe. Para los autores que desechan el elemento temporal para determinar la inconstitucionalidad, sostienen que el plazo razonable para legislar se cumple en el momento en que se prueba la infracción constitucional.⁶²

Frente a las críticas que ha significado la definición tradicional respecto del tiempo “excesivamente largo”, Fernández Rodríguez expone “no estamos admitiendo la presencia de inseguridad jurídica en la definición, el decurso histórico y el contexto reinante en el momento de efectuar la fiscalización determinarán, junto a la propia naturaleza de las cosas, su mismo resultado⁶³

⁶¹ Véase: BÁEZ SILVA, Carlos, “La omisión legislativa y su inconstitucionalidad”. Boletín Mexicano de Derecho comparado. Revista Jurídica Nueva serie año XXXV número 105, septiembre - diciembre 2002, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 742.

⁶² VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “La Inconstitucionalidad por omisión”, McGraw-Hill, Madrid, año 1997 p.81.

⁶³ FERNANDEZ RODRIGUEZ, Julio, Ob. Cit. p. 33

La inconstitucionalidad de una omisión implica constatar que el legislador ha incumplido la obligación que la Constitución le exige, de dictar un texto legislativo con el que dar adecuada respuesta a un mandato constitucional o con el que posibilitar la plena eficacia de una determinada previsión constitucional, incumplimiento que se ha prolongado en el tiempo más allá de un “plazo razonable”. Exige además verificar, de igual modo, que la ausencia de esa normación “constitucionalmente debida” ha propiciado la vigencia de normas subconstitucionales en contradicción con los mandatos constitucionales, o que se ha producido una situación en las relaciones jurídico-sociales inequívocamente opuesta a las previsiones de la Constitución,⁶⁴ en cada caso específico.

b.3) Preceptos de obligatorio y concreto desarrollo:

No todas las normas constitucionales tienen el mismo carácter, de ahí que el “no hacer” en la omisión inconstitucional debe consistir no sólo como inacción, sino también como una infracción a una exigencia constitucional de acción⁶⁵. La abstención debe ligarse necesariamente al deber concreto de actuar.

Es útil para entender las omisiones inconstitucionales junto con la abstención lesiva, la exigencia constitucional de la acción omitida,⁶⁶ para lo cual la figura de los mandamientos de ejecución, que ordena hacer lo que siendo debido no se ha hecho, brindan una posible herramienta de compulsión. En definitiva, corresponden a normas que tienden a asegurar la fuerza normativa

⁶⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, Ob Cit p. 34.

⁶⁵ BIDART CAMPOS, Germán, Ob. Cit. p. 348

⁶⁶ GOMES CANOTILHO, Joaquim, “Dereito Constitucional”, Ob. Cit. p 829

de la constitución en beneficio de las personas que invocan derecho o intereses amparados por ella.⁶⁷

Las omisiones legislativas inconstitucionales derivan del incumplimiento de una imposición o mandato constitucional de legislar en sentido estricto, esto es, del incumplimiento de normas que, de forma permanente y concreta, vinculan al legislador a la adopción de medidas legislativas de concreción o desarrollo constitucional.

De esta manera, se refieren principalmente a aquellos principios, valores o normas constitucionales que requieren desarrollo posterior o mediación normativa para su efectiva aplicación. Dicha exigencia, tal como se señaló, puede ser tanto explícita como implícita.

La presencia de un encargo al legislador, sea explícito o implícito, es esencial para que se produzca la omisión inconstitucional, ya que esta tendrá relevancia solo cuando exista un precepto jurídico con rango constitucional que establezca una conducta y que dicha inacción lesione tal precepto. Es así como la omisión se entiende en el sentido de un “no hacer algo” siendo ese “algo” la actividad que espera que se genere el orden jurídico, vulnerando así el mandato constitucional exigido.

b.4) Ineficacia de la norma constitucional.

Este requisito se refiere a la necesidad de que la omisión del órgano encargado de la actividad legislativa provoque que la norma Constitucional o el objeto buscado por está vea afectada su eficacia jurídica o material.

⁶⁷ BIDART CAMPOS, Germán, Ob. Cit. p. 340

La naturaleza de estas normas requieren mediación normativa a través de la acción legislativa para tornarlas eficaces. En este sentido existe una falta de desarrollo legislativo que produce que la orden constitucional se torne estéril, inútil o incompleta. Requiere de una norma infraconstitucional que torne efectivos los mandatos constitucionales, siendo esta misión una responsabilidad de los legisladores democráticamente electos.

El ejercicio de la función legislativa supone un rol mediador de los poderes del Estado respecto de la realidad social. Se requiere de un correcto y completo ejercicio de esta actividad para que la Ley Fundamental se materialice. Sino, la Carta Magna se queda solamente en un nivel ideal de validez, sólo formal.

El reconocimiento y protección de derechos fundamentales sólo se puede alcanzar a través de una adecuada legislación que garantice el respeto y establezca mecanismos para alcanzarlos, lo que evidencia la trascendencia que tiene para la vigencia y eficacia de la Constitución, en el ámbito de estos derechos, la oportuna intervención del legislador. En consecuencia, el incumplimiento del mandato de intervención que se refiere al legislador, afecta la propia vigencia y efectividad constitucional, generando situaciones en la vida social alejadas o directamente contrapuestas a los mandatos del constituyente o generando en las relaciones jurídicas, la vigencia de normas en franca contradicción con la Constitución.

3.- Configuración negativa del concepto.

El autor español, José Julio Fernández Rodríguez⁶⁸, para ayudar a la identificación de la figura tratada, realiza un análisis en el cual delimita

⁶⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, Ob. Cit. p. 39

negativamente el concepto a través de la comparación de esta figura con otras que aparentemente le serían semejantes, estableciendo las diferencias sustanciales entre una y otra. Ejercicio que nos parece correcto realizar en este trabajo, destacando las que a nuestro juicio nos resultan útiles⁶⁹.

a) Omisión legislativa “simple”.

En este caso, la falta de desarrollo legislativo de un precepto constitucional aún no presenta todos los elementos que lo configuran como un hecho inconstitucional. Esto puede ser por ejemplo, siguiendo la teoría del mismo autor, por no haber transcurrido el tiempo razonable exigido, por lo que la omisión legislativa simple podría, en algún futuro, “convertirse” en una omisión legislativa inconstitucional.

En este sentido señala el autor que habría omisiones legislativas que no son omisiones inconstitucionales, pero estas últimas siempre estarán incluidas en la categoría de omisiones legislativas, generando una relación entre ellas de género y especie.

b) Omisión de normación.

Con esta expresión el autor se refiere al no desarrollo normativo cuando éste resulta obligatorio, sin ulteriores especificaciones. Este concepto es mucho más amplio que la omisión legislativa, puesto que no necesariamente proviene del órgano legislador, sino que de todo organismo capaz de generar normas, leyes, decretos, simples decretos u ordenanzas y que no lo hace debiendo hacerlo. Por lo tanto, las únicas semejanzas entre las omisiones

⁶⁹ El autor señala un catálogo más extenso que el presentado aquí, solo por mencionar: Los conflictos negativos de competencia; la omisión de la legislación básica en el Estado Autonómico, entre otros.

inconstitucionales y las omisiones de normación serían la obligación de desarrollo normativo y el incumplimiento de dicha obligación.

En el mismo sentido que el punto anterior, acá también habría una relación de género y especie, correspondiendo a la omisión de normación lo primero y a la omisión inconstitucional lo segundo.

c) Distinción entre omisión legislativa y laguna jurídica.

Las lagunas o vacíos de ley son los casos de la vida real que no encuentran una norma específicamente adecuada para ser solucionados por ella. Si esos casos no pueden ser resueltos ni aún por todo el ordenamiento jurídico considerado en su conjunto, se habla de lagunas del derecho.⁷⁰ Mientras que la omisión por su parte se presenta, tal como lo señalamos anteriormente, cuando el legislador ha incumplido la obligación que la Constitución le exige de dictar un texto legislativo con el que dar adecuada respuesta a un mandato constitucional.

En doctrina se señalan principalmente tres diferencias esenciales entre ambos conceptos:

En primer lugar la omisión, a diferencia de la laguna, es producto del incumplimiento de una obligación de legislar, mientras que la laguna no implicaría esta obligación de legislar. En segundo lugar, las omisiones son siempre el resultado de un acto de voluntad, mientras que las lagunas son resultado de vacíos involuntarios del ordenamiento. Por último se señala que la sentencia que aborda una laguna cumple una función de complemento o

⁷⁰ ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. "Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General", Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, año 1998. p. 199.

integración del ordenamiento jurídico, frente a la que declara la inconstitucionalidad de una omisión, que puede producir una laguna.⁷¹

Frente a este criterio existe un punto discutible que dice relación a la voluntariedad del legislador o la intención de éste, en el que la figura de la omisión tendría un carácter intencionado, es decir, la existencia de una falta de normación buscada o querida. Esto a difiere de la laguna, que sería una fiabilidad inherente del legislador que no implica una desatención a la obligación jurídica de hacer, pues no existe un deber jurídico de regular todos los casos o supuestos posiblemente comprendidos en el plan de la ley, por lo demás, existe una imposibilidad material de regular todos y cada uno de los supuestos jurídicos posibles.

Las lagunas legales han sido definidas como una “incompetez contraria al plan de la ley”⁷² o como una “ausencia de regulación en un supuesto de hecho que es merecedor de ser disciplinado jurídicamente”⁷³. Esta ausencia o falta de regulación genera una reacción específica del juez, quien, autorizado por la ley, generalmente acude a soluciones contempladas por esta, como son la analogía, los principios generales del Derecho y la equidad. Así, la existencia de lagunas es un fenómeno absolutamente normal en la dinámica del Derecho que no merece en si mismo censura alguna, a diferencia de la falta de aprobación de leyes exigidas por la propia Constitución, dentro de un plazo razonable, que provocan una vulneración a esta, al contradecirla o atacarla con su inacción, como es el caso de las omisiones legislativas inconstitucionales.

La diferencia fundamental entre las lagunas y las omisiones legislativas inconstitucionales, radica principalmente en que las primeras presuponen la

⁷¹ DORN GARRIDO, Carlos. Ob Cit p. 107.

⁷² CASAL H. Jesús M: “La protección de la Constitución...”, Ob. Cit. p. 60.

⁷³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José. Ob. cit p 40.

necesidad y posibilidad de ser colmadas mediante los métodos jurídicos de integración, mientras que las segundas no, al ser estas vulneradoras de la Carta Fundamental y producir el correspondiente perjuicio por no respetar o atacar algún derecho fundamental o transgredir lo dispuesto en la Constitución. Se habla de laguna cuando la ley reclama una solución jurídica en relación a un caso no contemplado en ella y que debe ser resuelto por ella en consideración al principio de inexcusabilidad⁷⁴ de la actividad jurisprudencial. En esta situación, es el mismo ordenamiento jurídico quien da la solución principalmente a través de las reglas de integración.

Esta distinción no es efectiva para todas las doctrinas, por lo que merecen ser comentadas algunas consideraciones de la doctrina italiana sobre este punto, en donde se entienden los conceptos de omisión y laguna no disímiles, tal como lo señala María de los Ángeles Ahumada, “La doctrina italiana en este punto, sin pretensión de exhaustividad, notaremos como otros autores obvian la distinción entre omisión y laguna, (Silvestri), o decididamente trastocan su relación de frontera en una conexión de causa y efecto. Picardi razona que, a los efectos que interesan, la omisión tiene relevancia porque provoca una laguna.”⁷⁵

⁷⁴ Artículo 76 inc. 2º Constitución Política de la Republica, 10 Código Orgánico Tribunales

⁷⁵ Tal como lo señala María de los Ángeles Ahumada. Ob. Cit. p.171: “Considera SILVESTRI que en un primer sentido general y aproximativo, constituye omisión legislativa «la mancata emanazione di leggi ordinarie in funzione attuativa di istituti o principi contenuti nella Carta costituzionale». A partir de aquí, será posible distinguir entre «lagunas institucionales» (las que hacen imposible el funcionamiento práctico de órganos o entes previstos por la Constitución) y «lagunas normativas» (en donde determinados supuestos de hecho no están regulados, en todo o en parte, según los principios constitucionales, o no se hacen operantes institutos delineados con carácter general en la Constitución). Estamos entonces en presencia de una laguna por relación con la Constitución: se reconoce la falta de una normativa legal que *debiera ser pero no es* a causa de la inercia del legislador.

El argumento de PICARDI que procura ser rigurosamente técnico-jurídico, parte del presupuesto de que el problema de las omisiones del legislador debe resolverse propiamente en el problema de las lagunas. Entiende que la omisión del legislador es «una situación caracterizada, por un lado, por un precepto constitucional que prescribe un determinado comportamiento del legislador (emanar normas legislativas de actuación) por otro lado, por un comportamiento concreto del legislador que desdice, en todo o en parte, aquel descrito por el

d) Inactividad de la Administración.

Tal como lo señala Fernández Rodríguez, si bien la teoría de la inconstitucionalidad por omisión se refiere principalmente a la inactividad del legislador, esto no implica que el resto de los poderes públicos se encuentren liberados de actuar conforme a la Carta Fundamental y que sus inacciones puedan, en ciertos casos, confundirse con dejaciones normativas.

Lo fundamental en este punto, no es la obvia diferencia existente entre los dos órganos en cuestión, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, sino entender de qué manera están legitimados cada uno de estos en su actuar.

En este sentido, el punto de partida es el principio de legalidad. La administración está vinculada positivamente a la legalidad, esto significa que solamente podrá actuar cuando el ordenamiento jurídico se lo permita. De esta manera para una actuación administrativa es necesaria una norma que permita dicho actuar. Es decir, solo podrá hacer aquello que el derecho le permite.

Mientras que el Poder Legislativo es el “poseedor” en un Estado democrático de derecho de una legitimidad directa, producto de el papel de representante de un pueblo que detenta la soberanía. La teoría de la representación, por medio de la cual lo hecho por el representante se imputa al representado, encuentra aquí su más elevado ejemplo en el derecho público y su consagración más trascendental. El Parlamento, respetando los límites constitucionales, todo lo puede y su producto, la ley, tiene una fuerza

precepto constitucional». El resultado desemboca en el defecto parcial o absoluto de una normativa en actuación de la disposición constitucional y, por tanto, en una laguna del ordenamiento. Según este autor, el concepto de «omisiones del legislador» interesa en cuanto que explicación sociológica o política del, pero el único problema jurídico que plantea es el de la «laguna».

incontestable, además de aparecer como expresión de la voluntad popular, palabras que tienen su origen en la construcción de Rousseau de la ley como expresión de la voluntad general. El sistema parlamentario no es una simple suma de esquemas formales, sino que también ostenta una importantísima carga material que encuentra su mismo origen en las raíces anglosajonas. De esta manera, el Parlamento, legítimamente elegido, no despierta los recelos de las clases democráticas y se presenta como adalid de la libertad y enemigo del autoritarismo al que difícilmente parece que pueda tender el Poder Legislativo tal y como está configurado en la experiencia y teoría política occidental. En cambio, el Poder Ejecutivo sí que es capaz de crear susceptibilidades en círculos democráticos y caminar con mayor facilidad hacia el autoritarismo. Por tanto, y para decirlo de algún modo, el Legislativo está vinculado negativamente al ordenamiento, puede hacer todo aquello que no está prohibido y, prácticamente, todo lo que no está prohibido a nivel constitucional.⁷⁶

e) Inejecución de leyes existentes.

Este es el caso en que el legislador ha cumplido con su misión de dictar normas jurídicas necesarias para dar un correcto desarrollo a lo establecido en la Carta Magna, pero esa legislación no encuentra ejecución por parte del Poder Ejecutivo, que es el órgano competente para ello, pudiendo pensarse que se producirá, de esta manera, indirectamente una inejecución de la Constitución, por lo tanto una vulneración de esta⁷⁷.

⁷⁶ Fernández Rodríguez, José Julio, pp. 46-47

⁷⁷ En el ordenamiento nacional el Presidente de la República puede ser acusado por "actos de su administración que hayan comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, o infringido abiertamente la Constitución o las leyes" (artículo 52 N° 2, letra a) C.P.R.). Véase al respecto: ULLOA AGUILLÓN, Jorge, "Acusación Constitucional y juicio político, legislación constitucional chilena y derecho comparado", Editorial Jurídica, Chile, año 2009, p. 40 y siguientes.

El criterio señalado dista de ser correcto por dos aspectos. El primero, es que el Poder Legislativo es el órgano encargado de dar ejecución a lo mandado en la Constitución, mientras que la ejecución de las leyes emanadas de este último corresponde principalmente al Poder Ejecutivo. En segundo lugar, estimamos que el Poder Legislativo al formar una ley, está haciendo efectivo y eficaz su mandato.

Nos parece correcto afirmar que en este caso la responsabilidad por la inejecución de las leyes existentes, necesarias para dar efectividad a lo preceptuado en la Carta Magna, escapa del ámbito de atribuciones del derecho constitucional, siendo más bien es competencia del derecho administrativo.

f) Falta de desarrollo del derecho supranacional.

En territorios en que existe un ordenamiento comunitario, como es el caso de la Unión Europea, aparecen situaciones en las cuales estos sistemas jurídicos exigen reordenaciones necesarias respecto de los sistemas jurídicos internos, que de no ser llevadas a efecto, pueden provocar una reacción jurídica específica.

Dentro del caso europeo, el derecho comunitario recoge como elemento de singular importancia el incumplimiento de deberes jurídicos por omisión⁷⁸, como también posee un procedimiento adecuado para enfrentar este tipo de situaciones.

⁷⁸ Fernández Rodríguez, Ob. Cit. p. 49

g) Recurso por omisión.

Esta situación también dice referencia al derecho constitucional del viejo continente, específicamente en el artículo 232 del Tratado de la Comunidad Europeo.⁷⁹ En este caso la infracción no proviene de una acción positiva, sino de una abstención por parte del Parlamento Europeo, del Consejo o de la Comisión de pronunciarse sobre violaciones al Tratado que existieran, de manera que se constituye un cierto deber de actuar por parte de estos organismos, relativo a velar por el correcto cumplimiento del mismo, estableciendo así, un procedimiento para la resolución de esta situación.

h) El no cumplimiento de principios constitucionales.

Esta distinción entre omisiones legislativas inconstitucionales y el no cumplimiento de los principios constitucionales, tiene importancia en el sentido de que no todos los principios constitucionales necesitan de un desarrollo legislativo posterior para su concreción. Es cierto que una gran parte de ellos requieren de la actividad legislativa, aunque es preciso primero distinguir de qué clase de mandato se trata.

⁷⁹ Artículo 232: En caso de que, en violación del presente Tratado, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión se abstuvieren de pronunciarse, los Estados miembros y las demás instituciones de la Comunidad podrán recurrir al Tribunal de Justicia con objeto de que declare dicha violación.

Este recurso solamente será admisible si la institución de que se trate hubiere sido requerida previamente para que actúe. Si transcurrido un plazo de dos meses, a partir de dicho requerimiento, la institución no hubiere definido su posición, el recurso podrá ser interpuesto dentro de un nuevo plazo de dos meses.

Toda persona física o jurídica podrá recurrir en queja al Tribunal de Justicia, en las condiciones señaladas en los párrafos precedentes, por no haberle dirigido una de las instituciones de la Comunidad un acto distinto de una recomendación o de un dictamen.

El Tribunal de Justicia será competente en las mismas condiciones para pronunciarse sobre los recursos interpuestos por el BCE en los ámbitos de sus competencias iniciados contra el mismo.

Tal como lo señala Fernández Segado⁸⁰, se puede diferenciar entre mandatos constitucionales concretos y abstractos, constituyendo estos últimos, deberes de legislación abstractos. La realización de estos principios, que son de corte general, no viene determinada por una concreta actuación posterior, sino por una situación global de respeto en el momento de elaborar tanto los distintos sectores del ordenamiento, como a la hora de la aplicación de las diferentes normas jurídicas a la realidad, siendo ese cumplimiento ajeno a la inconstitucionalidad por omisión, ya que esta trata sobre la necesidad de un concreto desarrollo posterior de ciertos encargos concretos al legislador, que este no ejecuta.

i) Omisión aplicativa.

Este concepto lo entendemos como la no aplicación de los preceptos constitucionales por aquellas instancias o instituciones a las que les corresponde hacerlo. Esta situación se presenta, a pesar de existir un desarrollo normativo acorde al texto constitucional, por la actitud de los poderes públicos que rehúsan a aplicar cierta normativa, pese a contar con las condiciones necesarias para ello.

Frente a este hecho, no parece que existan mecanismos jurídicos para exigir la aplicación, al margen de la responsabilidad jurídica o política que pueda articularse. Fuera de ello, la opinión pública tiene que reclamar que se aplique la Carta Fundamental y su legislación de desarrollo, aplicación que exige, en principio, toda norma jurídica en vigor.⁸¹

⁸⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco; "Los nuevos desafíos de nuestro tiempo para la protección jurisdiccional de los derechos". Revista Vasca de Administración Pública. Nº 39, España, año 1994, p. 68.

⁸¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, Ob. Cit. p. 52

j) El no cumplimiento de la genérica necesidad de actuación de los poderes constituidos.

En este punto buscamos diferenciar la omisión inconstitucional de la tardanza en el actuar de los poderes públicos, incluyendo obviamente, al Poder Legislativo.

La actividad misma de los poderes del Estado implica necesariamente, un tiempo prudente para la consecución de sus objetivos. Si bien existen en el cumplimiento de las concretas obligaciones consagradas por la Constitución, algunas que presentan la característica de ser completas y que por su naturaleza tienen plena eficacia, asimismo encontramos otras que requieren de un desarrollo más lato. Estas últimas se refieren a la actividad misma de los órganos para concretar lo preceptuado en la Carta Fundamental.

Representa la pasividad de los poderes públicos ante su deber de materializar el proyecto constitucional. Por su generalidad y abstracción esta necesidad de actuación de los poderes fácticos rebasaría los límites de la dimensión conceptual de la omisión legislativa que, como se ha dicho, requiere de un mandato concreto de actuación.

k) La “anomia”⁸² constitucional.

Se refiere a la ausencia de alguno de los contenidos mínimos que materialmente debe contener un texto constitucional. Es decir, representa una omisión en la ley fundamental. No obstante, el concepto se ha asociado más

⁸² Fernández Rodríguez recoge este término italiano a partir de la obra de Enrico Spagna Musso. Véase FERNANDEZ RODRIGUEZ, Ob Cit. p. 37.

con las lagunas del derecho, que con las omisiones legislativas, pues en estos casos no existe una reminiscencia de actuación específica al órgano legislativo.

l) La omisión de acto político.

El acto político, más allá de la discusión respecto de su naturaleza (política o administrativa), es una total decisión del Poder Ejecutivo, él que en uso de su discrecionalidad, puede generar solamente una responsabilidad política, pero imposible de fiscalizar por un órgano jurisdiccional. En estos casos no existe un encargo de legislar, lo que hace imposible que surja una omisión legislativa.

4.- Principales críticas de quienes niegan la existencia de la inconstitucionalidad por omisión.

Tal como hemos señalado, la existencia de la inconstitucionalidad por omisión legislativa no es pacífica, así como tampoco lo es la necesidad de su aplicación. Un sector importante de la doctrina sostiene la tesis de que en rigor esta figura no existiría, que no es más que una creación de la teoría y que bien cabe ubicarla o reconducirla como una suerte de inconstitucionalidad impropia.⁸³ Los argumentos de quienes no están de acuerdo con la existencia de esta figura, son en líneas generales^{84 85}:

- a) La no existencia en los textos de forma expresa o tácita de la previsión de esta figura de violación constitucional.

⁸³ ETO CRUZ, Gerardo. Ob. Cit. p. 106.

⁸⁴ RUIZ MIGUEL, Carlos, en "Crítica a la llamada inconstitucionalidad por omisión" Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Nº. 2, año 2004, p. 159-177, indica como presupuestos conceptuales para la configuración la defensa de la no introducción de esta figura al ordenamiento constitucional las siguientes: a) Una concepción del Derecho no judicialista; b) la de la relatividad del valor jurídico de la Constitución; c) El carácter no monopólico de la defensa de la Constitución; d) El principio de separación de poderes y e) la razón de atribuir el control de la constitucionalidad de las leyes a un órgano judicial.

⁸⁵ ETO CRUZ, Gerardo, Ob. Cit. p.107.

- b) La estructura de las normas constitucionales: Plantean principalmente que las cláusulas programáticas de una Constitución no son simplemente exigibles sino se dicta una ley de desarrollo constitucional.⁸⁶
- c) La libertad de conformación del legislador: Se refiere a la libertad que posee el legislador para definir su actuar y su maniobra constitucional. El poder legislativo goza de una amplia libertad normativa para generar las normas necesarias para dar desarrollo a la Constitución, pero siempre mediando las opciones políticas de los miembros que lo componen.
- d) La división de poderes: Para quienes niegan la necesidad del control de las omisiones por un órgano jurisdiccional, el admitir esta posibilidad implicaría una vulneración al principio de separación de poderes, al inmiscuirse el órgano protector de la Constitución en asuntos que solo le competirían al Poder Legislativo.
- e) La inadecuación de los encargos del legislador: El origen democrático de los cargos del Poder estatal, provoca que los sujetos encargados de estos no tengan asegurada su permanencia y puedan ser substituidos por otro al momento de una nueva elección. Esta característica inherente en la configuración de los estados modernos provoca que un nuevo gobierno no tenga por qué quedar obligado a un programa de actuación establecido en un régimen anterior.
- f) El carácter negativo de la jurisdicción constitucional: Tal como se planteó en sus inicios el órgano guardián de la Constitución sólo debe actuar anulando o excluyendo normas del ordenamiento. Permitir la posibilidad de que la jurisdicción constitucional al percatarse de insuficiencias en la legislación actúe positivamente, ya sea mediante sentencias aditivas o encargos concretos al legislador, implicaría que ejerciera facultades reservadas exclusivamente a otros órganos.

⁸⁶ *Ibíd.* p.106.

- g) Factores extrajurídicos: Según el autor estos pueden ser diversos tanto políticos como sociales, económicos, etcétera.

Para el autor José Fernández Rodríguez el rechazo de la inconstitucionalidad por omisión legislativa origina consecuencias no deseadas por el ordenamiento, lo que implica una directa vulneración a la Carta Magna, produciendo entre otros: a) La existencia de un “fraude” constitucional; b) La presencia de una mutación constitucional; c) El fortalecimiento del Poder Ejecutivo; d) La desvalorización del carácter normativo de la Constitución.

5.- Tipos de omisión legislativa inconstitucional.

Previo el análisis de cada una de las categorías desarrolladas por la doctrina respecto de las omisiones inconstitucionales es necesario señalar que este punto es el que cuenta con mayor desarrollo doctrinario, ya que la figura de inconstitucionalidad por omisión da pie a establecer una clasificación de las diversas formas que esta puede presentar. Esta situación posee un interés más allá de lo solamente teórico o dogmático, ya que es en un nivel práctico donde posee mayor relevancia, fundamentalmente desde la perspectiva que permite facilitar el control de estas.

Coinciden distintos autores en señalar a W. Wessel como el pionero del tema de las omisiones inconstitucionales, quien lo afronta desde bases científicas, dotando por primera vez de identidad propia al concepto y también construyendo la primera clasificación, comúnmente admitida, que distingue entre omisiones absolutas y relativas.

En la doctrina nacional destaca la profesora Bulnes Adunate quien señala: “La doctrina distingue entre distintas clases de omisión, a saber, la omisión

absoluta y la omisión relativa, la que afecta derechos fundamentales y la que no los afecta y en evitables o inevitables.”⁸⁷

Mediante la clasificación que a continuación presentamos, buscamos identificar los tipos de omisiones que mejor se encajan en el análisis que realizaremos en los capítulos siguientes y las que comúnmente son más aceptadas. Esto no implica, de ninguna manera, que estas sean las únicas que existen, ya que podemos encontrar en distintos autores distintas tipologías.^{88 89}

a) Omisiones Absolutas y Omisiones Relativas.

Tal como lo señalamos W. Wessel fue el pionero en identificar la figura de omisión legislativa inconstitucional y también se le atribuye al mismo autor la primera distinción entre omisiones absolutas y relativas.

Así, el magistrado del Tribunal Constitucional Alemán señala que las omisiones absolutas se refieren “a la falta de cualquier disposición de desarrollo legislativo del precepto constitucional⁹⁰, lo corresponde a la ausencia total de norma que debiera regular una determinada situación jurídica fijada

⁸⁷ BULNES ALDUNATE, Luz, Ob. Cit

⁸⁸ Por ejemplo Jesús Casal las clasifica en : A) Omisiones absolutas y relativas; B) Omisiones legislativas según sus causas: a) Por inobservancia de mandatos concretos de legislar; b) Por violación(omisiva) de directrices constitucionales sobre el contenido de las leyes; c) Por incumplimiento del deber de protección de los derechos constitucionales; d) Por desconocimiento del reparto constitucional de competencias; e) Por vulneración del principio de igualdad. Vease CASAL, Jesús. Ob. Cit. p. 56.

⁸⁹ Otro Ejemplo es Néstor Pedro Sagués, quien reconoce 2 variantes básicas de inconstitucionalidad por omisión: a) Inconstitucionalidad por mora: que puede resultar de la inercia en adoptar una decisión concreta o de la tardanza en la producción de normas generales. Incluyendo una subclasificación denominada inconstitucionalidad por mora en la ejecución y b) Inconstitucionalidad por negación: que asimila al concepto de omisión relativa. Vease Nestor Pedro Sagués: “Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión”. en “Instrumentos de tutela y justicia constitucional”, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Universidad Nacional Autónoma de México, año 2002 p. 605.

⁹⁰ AHUMADA RUIZ, María: “ Ob. Cit. p. 172.

constitucionalmente, situación provocada por inacción del órgano legislativo, que implica la afectación de un derecho o principio constitucionalmente reconocido.

Algunos autores⁹¹ al realizar la clasificación de omisiones inconstitucionales absolutas, consideran útil clasificar estas en omisiones puras e impuras, basándose en razón de si ha habido o no normación anterior de esa materia. En las impuras si existe tal normativa anterior, a diferencia de las omisiones absolutas puras, que no tienen antecedentes previos de una normación de este tipo.

Respecto de las omisiones legislativas inconstitucionales relativas, éstas se refieren a los casos en que la actuación del legislador ha sido incompleta, al dictar una normativa que regule solo algunas relaciones y no otras, aún tratándose de supuestos análogos, provocando, de esta manera, una lesión a principios constitucionalmente reconocidos, principalmente al principio de igualdad. “Habrà omisión relativa toda vez que el cumplimiento del mandato constitucional, el órgano legislativo o la autoridad pública encargados de efectivizarlo, quiebren, en forma no intencional, pero produciendo un resultado discriminatorio y /o arbitrario, el principio de igualdad.”⁹²

En este segundo caso, la norma legal se dicta, pero al omitir determinados contenidos o previsiones, no cumple con entera satisfacción las exigencias constitucionales impuestas al legislador, como podría ser el evento de una ley

⁹¹ FERNANDEZ RODRIGUEZ, José. Ob. Cit. p. 59 y AHUMADA RUIZ, María. Ob. Cit. p. 172, refiriéndose a Nicolo Troker “le omissioni del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà”.

⁹² BAZAN SILVA, Víctor, “El control de las omisiones inconstitucionales en la República bolivariana de Venezuela y en el derecho comparado”, Revista Provincia, N° 16, año 2006, Venezuela, p. 53.

que no regule todos los aspectos previstos debiendo hacerlo, o implique una discriminación o una arbitrariedad.

Para el autor español José Fernández Rodríguez referirse a omisiones absolutas y relativas sería asimilable a decir omisiones totales, en caso de ausencia total de desarrollo de un precepto constitucional y parciales⁹³, pudiendo estas últimas subclasificarse en 1.- En cuanto impliquen una restricción o infrinjan el principio de igualdad o 2.- provoquen una incompleta o deficiente regulación, por ausencia de normativa acabada que origine la ineficacia de una norma constitucional.

Las omisiones absolutas se corresponden con los “silencios del legislador”, que generan situaciones contrarias a la Constitución y las omisiones relativas o parciales son “silencios de ley” que provocan la misma situación inconstitucional.⁹⁴

La omisión inconstitucional, cuando consiste en la no emanación de normas generales que deben dar desarrollo a la Carta Fundamental en cualquiera de sus partes, es decir, la omisión absoluta, no ha alcanzado a recibir íntegramente fuerza normativa, pero hay atisbos que permiten vislumbrar algunas modalidades receptoras, tales como la Constitución portuguesa, brasilera y de algunos estados argentinos entre otros, tal como veremos en el capítulo siguiente.

⁹³ FERNANDEZ RODRIGUEZ, Jose Julio. Ob. Cit. p. 59

⁹⁴ DÍAZ REVORIO, Francisco, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, Revista Española de Derecho Constitucional, Núm.61, España, año 2001, p. 84.

b) Omisión legislativa y omisión administrativa.

Esta clasificación proviene del sistema jurídico costarricense⁹⁵ y según el órgano al que la Carta Magna le encarga la misión de desarrollar el precepto constitucional sujeto a resguardo, que en ciertos casos puede ser el Poder Legislativo y en otros el Poder Ejecutivo, quienes por su inactividad provoquen una violación al no desarrollar la clausula constitucional.

Claramente, si la materia constitucional necesita desarrollo legal, una ley, la responsabilidad y la posterior omisión en caso de inacción corresponde al órgano legislativo. Pero hay casos en que corresponde al ejecutivo reglamentar leyes, como por ejemplo: si el ejecutivo no solventa una obligación impuesta por el legislador o por el constituyente de reglamentar una ley, lesionando la Constitución Política, siempre que ese desarrollo sea requerido para dotar de eficacia a la Ley.⁹⁶

c) Omisión formal y omisión material.

Este criterio se refiere a si el legislador en su búsqueda de regular las materias constitucionales ha normado anteriormente el principio vulnerado o no. Así, si el legislador nada ha regulado o lo ha realizado de manera incompleta, nos referiríamos a una omisión formal. En cambio si el legislador ha regulado alguna materia, pero esta ha descuidado y vulnerado principios constitucionales, en especial el principio de igualdad, estaríamos hablando de una omisión material.

⁹⁵ Véase, OROZCO, Victor y PATIÑO, Silvia. "La inconstitucionalidad por omisión en Costa Rica" Disponible en <<http://www.idpc.es/archivo/1212663675n7VOS.pdf>>, (consultado última vez 28 de mayo 2013).

⁹⁶ *Ibidem*.

En palabras de José Fernández Rodríguez, “las omisiones formales suponen que el legislador ha adoptado una posición total o parcialmente inactiva respecto a un encargo al legislador que por definición necesita regulación de desarrollo, mientras que las omisión material vulnera el principio de igualdad en tanto que olvida a quien debería igualar, a los grupos regulados en la normativa existente”⁹⁷.

De este modo, las omisiones absolutas tendrían que ser siempre de índole formal, a diferencia de las parciales que pueden ser materiales, dependiendo si vulneran el principio de igualdad o formales en caso contrario.

d) Omisión que afecta derechos fundamentales y omisión que no los afecta.

Esta distinción se fundamenta a partir de la idea de que la Constitución posee un contenido axiológico, un conjunto de valores y principios determinados, que deben ser respetados y promovidos por quienes detentan el poder, poseyendo de esta manera, una fuerza normativa y exigibilidad directa e inmediata.

La diferencia relevante entre ambas omisiones dice relación a la incidencia que tengan estas sobre los derechos fundamentales, ya que no todos los contenidos de la Constitución son dogmáticos o valóricos, sino que existen además materias de desarrollo orgánico. Esto significa, que no necesariamente la falta de desarrollo de cualquier norma constitucional tendría aparejada una violación a esta de una manera sustancial y relevante para el derecho, sino que pueden también ser falta de desarrollo programático en determinada institución que no vulnere ningún derecho fundamental.

⁹⁷ FERNANDEZ RODRIGUEZ, Jose Julio. Ob. Cit. p. 60

Además, el Estado no sólo es el encargado de la protección de ciertos derechos o valores expresados constitucionalmente, sino que también, es el responsable de promoverlos, incentivar su difusión y promoción, principalmente en el caso de los llamados derechos de segunda y tercera generación, que son producto de una reflexión más profunda respecto de las necesidades del ser humano, tales como los relativos a la igualdad, a través de un conjunto de derechos económicos, sociales y culturales y los relativos a la fraternidad o solidaridad, que guardan relación con las cuestiones relativas a la paz, al medio ambiente, a la conservación de la naturaleza, a la salud y a la calidad de vida, entre otros.⁹⁸

Así, el instituto de la inconstitucionalidad por omisión se vincula a la estructura de determinadas normas constitucionales que requieren, para su cumplimiento una intervención reguladora posterior por parte del legislador, en el caso en que este mediante su inacción, produzca un resultado contrario y vulnerador al deseado por la Carta Magna.

En el caso de la omisión que no afecta derechos fundamentales, los autores no ejemplifican casos⁹⁹ pero corresponde a toda afectación que no vulnera los que derechos fundamentales y que lo haga en otras áreas, como en su parte orgánica.

⁹⁸ Derechos de tercera generación no es unánime la doctrina nacional respecto de su protección, tal como lo señala Cea respecto a estos derechos: "*La Carta fundamental ignora esos derechos, lo cual es, por lo demás, nota generalizada de las constituciones actuales*" Vease, CEA EGAÑA, José Luis: Derecho Constitucional Chileno Tomo I, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2da Edición 2008 p. 91.

⁹⁹ Vease FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Ob Cit. p. 64. y FERNÁNDEZ SEGADO, Ob Cit. p. 40.

e) Omisión evitable y omisión inevitable.

Esta clasificación se refiere a los actos políticos mediante los cuales el legislador pudo haber previsto y evitado o no tal o cual evento, situación que depende de la madurez política, de las condiciones económicas, del desarrollo social y cultural de los países en el momento en que se originan situaciones no deseadas por la Carta Magna. No resulta una clasificación útil para efectos de este estudio, dada la implícita subjetividad de la distinción misma.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Fernández Rodríguez, se refiere como omisión evitable “a aquellas situaciones en las que el legislador no desarrolla los preceptos constitucionales a pesar de que las condiciones en generales lo permiten, no estamos hablando de supuestos en los que el legislador le basta con dictar una ley y no lo hace pese a ser posible reunir la mayoría suficiente sin ulteriores problemas, sino que nos referimos en este momento a casos en los que la eficacia de tal norma legal queda en entredicho por carecer de dotaciones presupuestarias y otras actuaciones paralelas que podían haberse llevado a cabo en el contexto socioeconómico en el que se produce. Con las segundas (inevitables), se indican situaciones en las que los factores de corte extrajurídico sobre los que descansa la efectividad del Derecho, sumen al legislador en la tesitura de no poder desarrollar los preceptos constitucionales.” Ob. Cit. p. 64

CAPITULO II: LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Si bien la teoría de la inconstitucionalidad por omisión legislativa no está ampliamente recogida en las constituciones del mundo, existe un creciente auge en la doctrina para dar solución a los casos en que una falta de actividad del legislador origine una desobediencia al texto constitucional. De esta manera, encontramos ordenamientos jurídicos donde este estatuto se ha desarrollado consistentemente, como el caso de Portugal y Brasil, también algunos en donde su desarrollo es aún incipiente y se ha producido a través de sus estados federales, como sucede en Argentina. No obstante, en la gran mayoría de los ordenamientos esta figura no es reconocida expresamente, pero gracias a la existencia de un desarrollo jurisprudencial consistente es que se ha podido dar remedio a las indeseadas consecuencias jurídicas que la figura en estudio provoca.

Los Tribunales Constitucionales europeos, o al menos buen número de ellos, al hilo de los mecanismos de fiscalización de la inconstitucionalidad por acción o también por intermedio de los recursos de tutela de los derechos fundamentales, han creado de modo pretoriano una serie de técnicas decisorias más o menos originales a través de las cuales han posibilitado el control de las omisiones legislativas. No ha obstado a ello el hecho de que los recursos jurisdiccionales, en gran medida por la inercia de una tradición liberal todavía hoy bien presente en el Derecho procesal, solo quepan frente a actos formales, con la obvia ignorancia subsecuente de las omisiones¹⁰¹.

Dentro de los países con tribunales constitucionales de América del Sur, sólo en Ecuador y Venezuela, se contempla expresamente en la Carta

¹⁰¹ FERNANDEZ SEGADO, Francisco, "El control de las omisiones legislativas..." Ob Cit. p. 40.

Fundamental el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, teniendo como antecedentes el Tribunal Constitucional de Portugal y el control de omisiones legislativas en Brasil, lo que no significa que las magistraturas de la región no realicen este tipo de control. En América Central el control por omisiones inconstitucionales está regulado también en Costa Rica¹⁰². La Corte Constitucional colombiana por vía pretoriana también ha aplicado el referido control.

En este capítulo buscamos introducirnos a aquellos ordenamientos en que se ha recogido esta figura, presentando en primer lugar las principales escuelas de pensamiento que han desarrollado soluciones a la vulneración de la Constitución provocada por inacción del legislador, para dar paso al análisis concreto sobre países que han establecido remedios jurídicos, ya sea mediante el establecimiento de una norma positiva que indique el remedio legal correspondiente o sea a través de una solución generada por vía jurisprudencial, como es el caso colombiano, cuyas nociones pueden contribuir al desarrollo nacional.

1.- Principales corrientes doctrinarias respecto de la omisión legislativa inconstitucional.

Tal como lo señalamos en el primer capítulo, el tratamiento de la omisión legislativa tiene su origen a partir de la segunda mitad del siglo XX, momento desde el cual los diversos sistemas jurídicos han enfrentado de distinta manera el problema, otorgando así también disímiles soluciones.

¹⁰² PARRA, Diego Andrés; "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas". FORO, revista de derecho N°4 UASB-Ecuador/CEN, Quito, año 2005, p.20.

1.1.- La escuela tradicional.

Lo que denominamos escuela tradicional se refiere principalmente a las distintas escuelas de pensamiento que surgieron del sistema constitucional europeo, fundado en la condición de legislador negativo del guardián de la Constitución, pensamiento adoptado principalmente a partir del establecimiento del primer Tribunal Constitucional Alemán (Bundesverfassungsgericht) en 1951.

El Tribunal Constitucional Federal es una institución característica de la actual democracia alemana. Su tarea, como máximo guardián de la constitución, es asegurar que todas las instituciones estatales cumplan la Ley Fundamental y que los ciudadanos no sean privados de sus derechos fundamentales, los cuales fueron garantizados en la Ley Fundamental. Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional Federal tiene el monopolio de interpretación de esta Ley.¹⁰³

La función del Tribunal Constitucional Federal es ser guardián de la constitución. Sin embargo sólo puede actuar si se promueve un recurso ante él. Así también, este Tribunal Constitucional solo tiene competencia para examinar y reprochar la constitucionalidad de aquellas omisiones legislativas verificables en una ley existente, por lo que la posibilidad de ejercer su control ante las omisiones inconstitucionales absolutas escapa de sus facultades. Esta Magistratura entiende que de no existir una ley expresa vulneradora de la Carta Magna, sino precisamente la ausencia total de ella, no es posible realizar un control sobre las omisiones totales.

¹⁰³ UNGER, Mark, "Sesenta años de la ley fundamental Alemana", Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. año 7 N° 2, año 2009. pp. 201-216.

No ha sido la misma posición adoptada por el Tribunal en los casos de omisión inconstitucional relativa, ya que en estas situaciones ha debido recurrir a mecanismos alternativos a la tradicional potestad anulatoria propia de concepto clásico de legislador negativo. Esto es debido principalmente a que la declaración de nulidad, si bien es capaz de remediar gran parte de situaciones en los que positivamente el legislador comete una vulneración a los principios y derechos establecidos en la Constitución, no resulta igual de eficaz en aquellos casos en que por omisión el legislador vulnera la norma fundamental, como en aquellas situaciones en que existe una discriminación arbitraria injustificada, por ejemplo, en casos donde la ley ha regulado expresamente ciertos supuestos pero omite otros de naturaleza análoga.

Así, tal como lo señala Francisco Fernández Segado “El Tribunal iba a partir de una posición contraria a la fiscalización de las omisiones legislativas, careciendo además de un instrumental adecuado con el que hacerles frente, no obstante lo cual, progresivamente, iba a ir modulando su posición, primero, admitiendo el recurso de queja constitucional (Verfassungsbeschwerde) como vía procesal adecuada para hacer frente a las omisiones del legislador vulneradoras de derechos fundamentales del recurrente, recurso que más tarde iba asimismo a admitirse frente a sentencias de los órganos jurisdiccionales superiores lesivas de derechos, de resultas, básicamente, de la inexistencia de normas legislativas que diesen plena eficacia a determinadas disposiciones constitucionales. Finalmente, no obstante la específica previsión del art. 100.1 de la Grundgesetz (GG), el BVerfG ha reconocido la posibilidad de un control concreto incidental de las omisiones del legislador. Es por todo ello, por lo que se ha podido afirmar, con evidente razón, que el caso alemán es un buen ejemplo de cómo superar objeciones de tipo procesal para proporcionar a los

ciudadanos protección jurisdiccional en supuestos de omisión inconstitucional.”¹⁰⁴

Los mecanismos alternativos a la nulidad que ha utilizado el Tribunal Constitucional Alemán, dejan en evidencia el intento de este sistema jurídico para enfrentar las omisiones legislativas relativas, conciliando la postura de éste como órgano garante de la Constitución con el respeto al legislador positivo, representado por el Parlamento. De esta manera este Tribunal ha evitado la innovación normativa, pero en su intento de dar solución al problema planteado ha incorporado en sus resoluciones sentencias que involucran una forma de activismo legislativo. Así, la gama de técnicas decisorias del Tribunal Constitucional Federal es notablemente amplia, tanto que algún autor ha llegado a escribir que en ningún otro sistema de control jurisdiccional normativo, sea difuso o concentrado, se puede constatar la utilización de tan amplia variedad de técnicas, aunque, el Verfassungsgerichtshof austriaco quizá tiene un aún mayor margen de discrecionalidad a la hora de disponer sobre los efectos jurídicos de sus sentencias.¹⁰⁵ Entre las alternativas utilizadas por el Tribunal Constitucional destacamos, entre otras, las decisiones interpretativas o de interpretación conforme a la Constitución, las declaraciones de inconstitucionalidad sin nulidad y las decisiones de apelación al legislador.

1.2.- La escuela portuguesa-brasilera.

Unidos fuertemente por el idioma, los sistemas jurídicos de habla portuguesa comparten criterios, principalmente respecto de la condición de legislador negativo del órgano de jurisdicción constitucional, encargado de velar

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht” en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 10, Julio-Diciembre, año 2008, p. 75.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 90

por el respeto de la Carta Fundamental. Esta situación es producto de la reconocida influencia e inspiración que tuvo la Constitución portuguesa de 1976 en la Carta Fundamental brasilera de 1988.

En este sentido, en ambas escuelas de pensamiento se habilita únicamente al órgano garante de la Constitución para constatar y verificar la existencia de una omisión legislativa inconstitucional y comunicarla al Parlamento, sin que exista una intención de este organismo por resolver la situación vulneradora de la Carta Magna de manera directa ¹⁰⁶. Esta realidad tiene matices, principalmente respecto a que si bien en el sistema brasilero se reconoce y aplica un criterio inspirado en la escuela de la constatación, existen ciertas posibilidades de creación normativa que no existen en el sistema portugués, tal como se verá en el apartado correspondiente a cada uno de estos dos países.

1.3.- La escuela italiana.

Una escuela fundamental en el desarrollo doctrinario de la figura de la omisión legislativa tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, la que ha transitado desde una posición de llenar los vacíos legales a través del proceso de integración ¹⁰⁷, a la innovación y establecimiento de un nuevo tipo de sentencias, las llamadas sentencias manipulativas. Este Tribunal ejerció a partir de la década de los 60' un control constitucional que se alejó del tradicional sistema de legislador negativo, asumiendo así, la jurisprudencia constitucional italiana, en el ejercicio de su rol de defensor de la Constitución, una doble función: por un lado es el intérprete

¹⁰⁶ DORN GARRIDO, Carlos, Ob. Cit p. 245 y ss.

¹⁰⁷ BAZAN, Víctor. "Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales una visión de derecho comparado". En "En busca de las normas ausentes..". Ob. Cit. p.161

de las disposiciones constitucionales y por otro es el órgano encargado de expulsar aquellas normas que sean inconstitucionales.

Las sentencias manipulativas creadas por la doctrina italiana no declaran simplemente la nulidad de un precepto legal, sino que lo modifican, ya sea por medio de declaraciones de nulidades parciales, sustituciones o adiciones, generando distintos tipos de sentencias, tal como lo analizaremos en el capítulo III.

En Italia, la evolución respecto de la manera en que las sentencias del Tribunal Constitucional vinculan a los órganos estatales ha estado en constante evolución, mediante la aplicación de distintos tipos de sentencias, tales como las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad parcial, manipulativas de tipo sustitutivo, manipulativas de orden aditivo, aditiva de principio, admonitorias, entre otras.¹⁰⁸

La que ha causado mayor controversia corresponde a las sentencias manipulativas de orden aditivo, tal como lo señala Víctor Bazán, “una variante novedosa y compleja que nos ha otorgado la doctrina italiana la constituyen las sentencias manipulativas en orden aditivo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional indica que esta ha actuado llenando los vacíos legales —a través del proceso de integración judicial y que frecuentemente, a partir de la década de los sesenta ha recurrido al dictado de “sentencias aditivas”, en el marco de lo que se denomina la “ilegitimidad constitucional de la previsión omitida de algo que debió haber sido previsto por la ley”.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Carlos Dorn. Ob. Cit. p. 292.

¹⁰⁹ BAZAN, Víctor: “Respuestas normativas y jurisdiccionales...” Ob. Cit. p.161.

La doctrina italiana ha tenido una fuerte influencia en distintas jurisdicciones constitucionales del continente, destacando casos como Colombia, Argentina y Venezuela, países que vamos a tratar más adelante durante este capítulo.

2.- Casos en los que se recoge la figura de la omisión legislativa inconstitucional.

2.1.- Yugoslavia.

El primer antecedente de una regulación positiva acerca de la omisión legislativa se encuentra en el extinto país europeo, al consagrar este instituto en el artículo 377¹¹⁰ de la Constitución de la República de Yugoslavia de 1974 establecida bajo el régimen de “Tito”.

En este caso, la labor del Tribunal de Garantías Constitucionales de este país, se circunscribía a constatar que un órgano competente no hubiere dictado las normas necesarias para poner en ejecución las disposiciones de la Constitución, no obstante, estar obligado a ello y, para posteriormente dar conocimiento de tal situación a la Asamblea, es decir, al órgano legislativo.

Regina Quaresma apunta que el Tribunal de Garantías Constitucionales receptaba también competencia para presentar propuestas al Poder Legislativo para revocar, alterar o crear las leyes necesarias para la plena eficacia de los preceptos constitucionales establecidos¹¹¹, por lo que podría entenderse complementada pragmática y jurídicamente la labor de mera “recomendación

¹¹⁰ Artículo 377: Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia constatare que un órgano competente no hubiere dictado las normas necesarias para la ejecución de las disposiciones de esta Constitución, de las leyes federales y de otras prescripciones y actos generales federales, estando obligado a dictarlas, dará conocimiento de ello a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia.”

¹¹¹ Citada por Víctor Bazán en BAZAN VICTOR: “Respuestas normativas y jurisdiccionales....”. Ob. Cit. p. 94.

sin coacción jurídica” que pareciera haber otorgado al Tribunal el artículo 377 de la Constitución.

2.2.- Portugal.

Portugal se ha constituido en un referente obligado respecto al fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, habiendo su doctrina y jurisprudencia influido notoriamente en la aceptación internacional del referido estatuto.

Los antecedentes de la actual Carta Magna portuguesa se remontan a la promulgación de la Constitución portuguesa en 1976, adoptada por la Asamblea Constituyente el 2 de Abril del mismo año, siendo esta, resultado de una revolución que estableció un régimen democrático que perdura hasta nuestros días, no sin modificaciones¹¹². Esta norma Fundamental esta marcada por ideas socialistas¹¹³, las que fueron el germen de la revolución de 1974.

La justicia constitucional portuguesa se caracteriza por su originalidad y complejidad, ya que se trata de un modelo mixto, que incorpora elementos del control concentrado del tipo Kelseniano, estableciendo amplias prerrogativas al Tribunal Constitucional y también un modelo de fiscalización difusa o abstracta, similar al estilo americano, en el cual los tribunales ordinarios pueden decidir las cuestiones de constitucionalidad planteadas en cada caso concreto, no obstante, sus decisiones son recurribles ante en Tribunal Constitucional.

El origen de la omisión legislativa constitucional, se remonta a la citada Norma Fundamental de 1976. En dicha Constitución se establece la figura de la

¹¹² 7 revisiones en total, años 1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004, 2005

¹¹³ Véase, Preámbulo de la Constitución de la República Portuguesa.

inconstitucionalidad por omisión legislativa, siendo consagrada específicamente en su primitivo artículo 279, en donde se le confería a un órgano político, denominado Consejo de la Revolución, la fiscalización del cumplimiento de la Constitución, facultándole, en caso de verificar la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa, dirigir recomendaciones a los órganos legislativos competentes para dar remedio a dicha situación.

Pero no es sino luego de la reforma introducida en 1982, cuando se crea el Tribunal Constitucional y se sustituye el referido artículo 279 por el 283¹¹⁴, quedando radicado el control de constitucionalidad en este órgano, otorgándole legitimación activa para iniciar la acción al Presidente de la República, entre otros sujetos.

El Tribunal Constitucional, tal como lo define el actual artículo 221 de la Constitución, es “el Tribunal que tiene la competencia específica de administrar justicia en asuntos de carácter jurídico y constitucional”¹¹⁵, siendo el órgano encargado de realizar el control preventivo de la constitucionalidad, así como el control represivo abstracto por acción u omisión, además de realizar la fiscalización concreta, siendo los jueces del Tribunal Constitucional quienes deciden, en última instancia, los recursos de las decisiones de los tribunales ordinarios en materia constitucional.

Respecto del sujeto que tiene la legitimación activa para invocar la acción de inconstitucionalidad, corresponde al Presidente de la República, al defensor

¹¹⁴ A) a requerimiento del Presidente de la República, del Defensor del Pueblo, o por razón de violación de derechos de las regiones autónomas, de los presidentes de las asambleas legislativas regionales, el Tribunal Constitucional examina y comprueba el no cumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para tornar efectivas las normas constitucionales.

B) Cuando el Tribunal Constitucional comprueba la existencia de inconstitucionalidad por omisión, dará de ello conocimiento al órgano legislativo competente

¹¹⁵ Constitución de la República Portuguesa, artículo 221

del Pueblo o Ombudsman en materias nacionales, mientras que respecto de las regiones autónomas corresponde a los Presidentes de las Asambleas Legislativas locales, quienes activan el mecanismo ante el Tribunal Constitucional, para que éste de conocimiento al órgano legislativo competente.

En este sentido la doctrina portuguesa reconoce, además de las tradicionales clasificaciones de omisión absoluta y relativa, la categoría que denomina omisión por falta de observancia. Este nuevo tipo de omisión consiste a la inobservancia del legislador de su obligación de mejorar, actualizar, perfeccionar o corregir regulaciones legales vigentes.

Esta nueva clasificación enriquece, a juicio del autor, la visión de la figura abordada, extendiendo los marcos que la configuran, “al reconocer que las faltas del legislador pueden tener su origen en el incumplimiento de un deber inherente a su potestad normativa y que entronca con la cara dinámica del Derecho determinada por su objeto: regular la realidad, y al hecho de que la Constitución está compuesta por normas que dan cuenta de principios, valores y bienes jurídicos cuyo contenido no está fijado ni petrificado sino que tiene su fuente de alimento en el complejo entramado de factores y elementos de la realidad, lo que ciertamente repercute en el juicio de valor de si cierta legislación vigente, atendida a los nuevos tiempos, satisface el marco constitucional quizás, el mismo, bajo el cual se originó”¹¹⁶

Para estos tipos de omisiones legislativas que reconoce el ordenamiento portugués, el control es siempre posterior y no existe un control preventivo. Además corresponde solamente a intervenciones legislativas específicas, entendidas como aquellas que se generan a falta de una norma jurídica necesaria para tornar efectivo o accesible un precepto de la Constitución, es

¹¹⁶ DORN GARRIDO, Carlos. Ob Cit. p. 119

decir, cuando se requiere de una ley específica para dar cumplimiento a una exigencia constitucional. Por lo tanto, esta fiscalización no tiene por objeto constituirse en un control de la omisión del legislador en general.

Los presupuestos para la procedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión son: a) Que el incumplimiento constitucional derive de la violación de una cierta y determinada norma; b) Que se refiera a una norma constitucional no exigible por si misma; c) Que no se hayan dictado las providencias legislativas necesarias para dar operatividad tal norma.

Una vez verificada la omisión inconstitucional, el Tribunal Constitucional dará conocimiento acerca de la existencia de la omisión transgresora al órgano legislativo competente, mediante la dictación de sus sentencias, que son del tipo interpretativa, principalmente en los casos en que el derecho fundamental afectado sea el de igualdad ante la ley, por el imperfecto desarrollo que hace el legislador de una materia que involucre algún principio constitucional, actuando como legislador negativo en cuanto proscribe la interpretación que sea contraria a la Constitución o, en algunos casos apartándose de dicha situación, mediante la dictación de sentencias aditivas.¹¹⁷

En la doctrina portuguesa existe, hasta el día de hoy, la discusión acerca del estatus de las omisiones relativas, en el sentido de si estas corresponden a situaciones de inconstitucionalidad activa u omisivas. Esta discusión no está zanjada y hay quienes prefieren que sean entendidas como omisiones relativas, en el sentido expresado en este trabajo, como es el caso del autor Gomes Canotilho, mientras otros, como Rui Madeiros, consideran que esta aproximación debilita la vigencia del principio de igualdad, debiendo reconocerse que en los casos de omisión parcial existen dos fenómenos de

¹¹⁷ DORN GARRIDO, Carlos. Ob. Cit. p. 122

inconstitucionalidad, por acción y por omisión y, que dada esta situación, en virtud de la eficiencia procesal, es más efectivo establecer el mecanismo por acción, ya que la recomendación prevista en los casos de omisión legislativa, no asegura el efectivo restablecimiento del principio constitucional vulnerado¹¹⁸.

El método de solución de las omisiones legislativas en Portugal carece de eficacia, ya que las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, tal como lo establece el artículo 283, no tienen efectos vinculantes hacia el legislador, al ser su naturaleza comunicativa o informativa y tener por objeto comunicarle a este su falta en cumplimiento cabal de su deber de legislar. Al no existir un mecanismo que haga vinculante la decisión del guardián constitucional, sus sentencias exhortativas, no producen, necesariamente, reacción alguna por parte del órgano legislativo, ni le generan una obligación de cumplir con el mandato constitucional de legislar. La obligación de legislar proviene del precepto constitucional no exigible por sí mismo.

Probablemente esta sea la principal razón para que, tal como lo señala Luz Bulnes Aldunate, el Tribunal haya ejercido raramente estas competencias “ hemos tenido cinco o seis solicitudes, solamente y en don casos hemos concluido que hacía falta una ley para dar cumplimiento a esta tarea constitucional”¹¹⁹

2.3.- Brasil.

En el país Sudamericano, la Constitución de 1988 formulada y promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente, posee una fuerte influencia de la Constitución portuguesa de 1976 y establece, entre otras cosas, la institución de la inconstitucionalidad por omisión en sentido amplio, contemplando dos

¹¹⁸ DORN GARRIDO, Carlos; Ob. Cit. p. 120

¹¹⁹ BULNES ALDUNATE, Luz. Ob. Cit. p. 256

mecanismos de control radicados en el Supremo Tribunal Federal de Brasil, que corresponden a la acción directa de inconstitucionalidad por omisión y al recurso cautelar de mandato de injunção.

La acción directa de inconstitucionalidad está establecida en la Constitución Brasileña en su artículo 103 que prevé la figura de la inconstitucionalidad por omisión al establecer “Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida necesaria para tornar efectiva la norma constitucional, se dará conocimiento al Poder competente para la adopción de las medidas necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en treinta días”¹²⁰

El tipo de control que establece el régimen brasileño a la inactividad normativa es de naturaleza meramente declarativa y comunicativa, similar al tipo de control establecido en Portugal, en donde el órgano receptor de dicha comunicación es aquel competente para enmendar la situación originada por la inactividad del legislador, quedando en el marco de sus atribuciones también, la adopción de las medidas que estime necesarias y convenientes a fin de remediarla.

Respecto de los sujetos activos que pueden ejercer la acción de inconstitucionalidad por omisión, corresponden a:

- 1.- El Presidente de la República
- 2.- La Mesa del Senado Federal
- 3.- La Mesa de la Cámara de los Diputados
- 4.- La Mesa de la Asamblea Legislativa
- 5.- El Gobernador del Estado
- 6.- El Procurador General de la República

¹²⁰ Constitución de la República Federativa del Brasil Artículo 103.

- 7.- El Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil
- 8.- Los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional
- 9.- Las confederaciones Sindicales o entidades de clase con alcance nacional

En este sentido se observa una amplia gama de sujetos legitimados para promover la acción de inconstitucionalidad por omisión en Brasil, aún mayor que en Portugal, por lo que podemos concluir que con esto el Constituyente buscó una mayor protección contra las omisiones legislativas en la Carta Magna, otorgándole legitimación activa no sólo a los principales órganos políticos del Estado, sino que también a entes de importancia para la sociedad brasileña, como los grupos intermedios.¹²¹

El objeto de la acción no se limita únicamente a los casos de falta de adopción de una medida legislativa necesaria, sino que la amplitud de la norma comprende además del legislador, a la administración del Estado, cuando esta ha sido negligente para establecer medidas o actividades materiales para hacer efectiva la Carta Magna. En este caso, el Tribunal Federal deberá fijarle un plazo de 30 días al órgano remitido para que adopte las medidas necesarias y de remedio a la situación, hecho que no se contempla en el caso que la omisión sea legislativa.

De este modo, la acción de inconstitucionalidad por omisión, tiene por objetivo que los órganos normativos competentes sean informados acerca de su estado de pasividad y procedan a la adopción de las medidas necesarias para lograr la plena eficacia de los preceptos constitucionales, finalidad que se satisface notificando al órgano competente de la existencia de la omisión.¹²² Esto adhiriere a la idea de que el órgano encargado de hacer valer la

¹²¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, "La Inconstitucionalidad por omisión" Editorial Civitas, España, año 1998, p. 284.

¹²² DORN GARRIDO, Carlos. Ob. Cit. p.252 y ss.

Constitución no puede remplazar al Poder Legisferante, en su función de legislador positivo.

La norma no prevé ningún mecanismo para asegurar la realización de las medidas señaladas en la eventual sentencia de inconstitucionalidad, por lo que la decisión del Tribunal es meramente declarativa.

La segunda alternativa que consagra el derecho brasilero para remediar la falta de actividad imputable al órgano legislativo en el desarrollo de sus funciones que tienen por objeto dar cumplimiento efectivo de la Constitución, es el Mandato de injunção. Esta institución está resguardada en el artículo 5º número LXXI de la Constitución de la Republica de Brasil “Se concederá "mandato de injunção" siempre que por falta de norma reguladora, se torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía”¹²³

El académico chileno Humberto Nogueira Alcalá se refiere al mandato de injunção como aquel que “tiene por finalidad conferir una inmediata y completa aplicabilidad, a favor del sujeto activo, de la norma constitucional portadora de derecho, libertades y prerrogativas, cuyo ejercicio sea inviable de otro modo, en virtud de ausencia de reglamentación adecuada”.¹²⁴ Por esta razón se considera que la sentencia emanada de un mandato de injunção es de carácter constitutiva, ya que se trata de un “juicio de equidad en que el juez decide, creando una norma tal como si fuere legislador, cuya sentencia fundada en equidad innova para el caso concreto”¹²⁵.

¹²³ conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e libertades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

¹²⁴ NOGUEIRA ALCALA, Humberto, “Dogmática constitucional”, Editorial Universidad de Talca, Chile, año 1997, pag 222.

¹²⁵ IDEM

Así, el mandato de injunção es un recurso singular establecido en la actual Constitución brasileña y que se dirige a la protección de derechos fundamentales por los órganos judiciales ordinarios cuando existiesen lesiones de los mismos como consecuencia de la pasividad u omisión de los poderes públicos, de suerte que el Juez podría crear la norma concreta de aplicación al caso. De ahí su similitud léxica con el writ of injunction¹²⁶ propio del derecho de origen inglés.

La legitimación para accionar el mandato de injunção corresponde a cualquier ciudadano, que, por falta de reglamentación, no puede ejercitar un derecho constitucionalmente resguardado. El objeto de esta acción es proteger los derechos consagrados en la Constitución remediando el caso concreto, su sentencia sólo produce efectos inter partes.

No debe confundirse la acción de inconstitucionalidad por omisión con el mandato de injunção. La primera acción tiende a efectivizar la norma constitucional en su conjunto y a desarrollar conceptos que necesiten de una ulterior actividad del legislador ordinario. En cambio la acción de injunção, más que una elaboración de normativas tendientes a dar efectivo cumplimiento a los mandatos constitucionales, pretende la realización de un acto en particular con el fin de transformar un derecho abstracto en una situación concreta.

Es por esta razón que la competencia para conocer la acción de inconstitucionalidad por omisión sólo corresponde al Supremo Tribunal Federal, a diferencia de la acción de injunção, la cual puede ser competencia de éste, en cuanto la elaboración de la norma reglamentaria sea atribución del

¹²⁶ OTHON SIDOU, J. M, "Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: Mandato de Injunção y Habeas Data", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XXIV, N° 70, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, p. 173.

Presidente de la República, Congreso nacional, de la Cámara de Diputados, del Senado, de la mesas de una de esas Cámaras legislativas, del Tribunal de cuentas de la Unión, de uno de los Tribunales Superiores o del propio supremo Tribunal Federal. Es competente el Superior Tribunal de Justicia entonces cuando la elaboración normativa es atribución de un órgano, entidad o autoridad federal, de la administración directa o indirecta, exceptuados los casos de competencia del Supremo Tribunal Federal y de los órganos de justicia militar, de la justicia electoral, de la justicia del trabajo y de la justicia federal. En las demás, situaciones la competencia (residual) corresponde a todo el Poder Judicial¹²⁷.

También, una diferencia importante se da respecto de la legitimación activa para impetrar cada acción. Tal como lo señalamos, para la acción de inconstitucionalidad están taxativamente establecidos en la ley los sujetos que pueden iniciar el procedimiento, en cambio respecto de la acción de injunção, esta podrá ser invocada por cualquier persona, ya sea individualmente o en grupos.

Respecto del sujeto pasivo de la acción, la inconstitucionalidad va dirigida al órgano competente para la elaboración de la norma en cuestión, que puede recaer en el Poder Ejecutivo o en el Legislativo, mientras que el mandato de injunção deberá dirigirse directamente contra el sujeto que impide el ejercicio efectivo de un derecho establecido en la Constitución.

Como último elemento diferenciador relevante, tal como lo señala Víctor Bazán¹²⁸, la naturaleza de las sentencias difiere sustancialmente: En la acción

¹²⁷ BAZÁN, Víctor; "Inconstitucionalidad por omisión: la experiencia brasileña y un ejemplo a tener en cuenta por el derecho argentino", Revista entre Abogados, año IV, núm. 8, Año 1996, p. 24 y ss.

¹²⁸ *Ibidem*.

de inconstitucionalidad, tal como lo señalamos, será de naturaleza declarativa y tendrá efectos erga omnes, a diferencia de la acción de injunção, cuya resolución será constitutiva o condenatoria y tendrá efecto inter partes.

Finalmente, nos parece importante mencionar que en Brasil, además del control referido, existen disposiciones relativas al control de las omisiones inconstitucionales en las Constituciones de algunos de sus Estados, tales como: Rio Grande do Sul (artículo 95, inciso XII, letra d); Rio de Janeiro (artículo 162, inciso 2); São Paulo (artículos 74, inciso VI y 90, inciso 4) y Santa Catarina (artículo 85, inciso 3)¹²⁹

2.4.- Argentina.

El estatuto jurídico nacional del vecino país se diferencia sustancialmente del nuestro en cuanto este se organiza como un Estado federal, lo que implica que las provincias que integran la nación conservan todo el poder no delegado constitucionalmente al gobierno federal. Además, son autónomas, condición que las faculta para dictar sus propias Constituciones y normas locales (y regirse por ellas), erigir sus instituciones, elegir a sus autoridades y administrarse por sí mismas. Esto se traduce en que existe una Constitución Federal y 23 Constituciones provinciales correspondientes a cada una de ellas.

De esta manera, lo establece el artículo 5º de la Constitución de la Nación Argentina¹³⁰, al prescribir que cada provincia dictará para sí una Constitución

¹²⁹ BAZÁN, Victor. "La inconstitucionalidad por omisión en el derecho, con particular referencia al sistema venezolano" En "Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006", Tomo II, Editorial Konrad-Adenauer-stiftung e.v., Uruguay, año 2006, p. 481.

¹³⁰ Artículo 5º.- Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

bajo el sistema representativo republicano, de conformidad con los principios, declaraciones y garantías de la ley fundamental nacional, debiendo asegurar su administración de justicia, régimen municipal y la educación primaria.¹³¹

La Constitución Federal no contiene normas que permitan al Poder Judicial la fiscalización y control de las omisiones legislativas. No obstante, el sistema de control de constitucionalidad del país trasandino es de naturaleza difusa, es decir, cualquier tribunal de justicia ordinaria está capacitado para declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica contraria a la Carta Magna, teniendo esa sentencia efectos entre las partes y aplicables sólo al caso concreto, ejercicio que se realiza mediante la confrontación de las normas, Constitución vs norma jurídica inferior.

Frente a esta situación, el desarrollo del concepto de omisión inconstitucional a nivel argentino ha sido principalmente mediante la evolución experimentada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual ha transitado desde una posición denegatoria a reconocer los efectos jurídicos de la figura¹³², en ciertos casos, reconocer o admitir la competencia judicial para conocer y resolver amparos fundados en omisiones legislativas que afecten el ejercicio de las garantías constitucionales, mediante la tesis de otorgar plena eficacia normativa a la Carta Fundamental¹³³.

Sin restar importancia a la evolución jurisprudencial someramente expuesta, nos parece relevante y novedoso referirnos al desarrollo normativo que ha

¹³¹ BAZAN, Victor. "Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a la omisiones inconstitucionales. Una visión de derecho comparado", En "En búsqueda de normas ausentes" Ob. Cit. p.165.

¹³² Vease jurisprudencia "Loveira (1911), Ministerio Fiscal c/el Director del diario La Frodas/desacato(1932), Tribunal Demócrata (1947), Regodesebes (1957), Todas citadas por BAZAN, Victor, "Respuestas normativas...". Ob. Cit. p 166 y siguientes.

¹³³ Vease Sentencias "Siri, Angel (1957)", "SRL Samuel Kot" (1958), "Ekmekdjian c/Sofovich (1988)", "Asociación Benghalensis (2000)" Todas citadas por BAZAN, Victor, "Respuestas normativas...". Ob. Cit. p 210 y siguientes.

tenido la figura de la omisión inconstitucional legislativa en el derecho de ciertas provincias trasandinas, especialmente el caso de Río Negro.

2.4.1.- Provincia de Río Negro.

La actual Constitución de la Provincia de Río Negro, promulgada el 3 de Junio de 1988, contempla una particular acción de inconstitucionalidad por omisión en su artículo 207 número 2º letra D¹³⁴, al establecer la competencia del Supremo Tribunal de Justicia para conocer a través de un control concentrado de constitucionalidad la acción de inconstitucionalidad correspondiente. Este tipo de precepto se inspira en la doctrina de la plena eficacia de la Constitución y en el principio de operatividad directa de los derechos fundamentales, tal como lo establece el artículo 14 de la misma Carta Fundamental.¹³⁵

En este sentido, la inconstitucionalidad por omisión legislativa requiere para su procedencia la existencia de un hecho que implique el incumplimiento de un mandato constitucional que imponga un deber concreto de actividad, de manera que quedan excluidos los deberes generales de acción contenidos en la Constitución, al complementarse este criterio con la intención de dotar de

¹³⁴ El Superior Tribunal de Justicia ejerce jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos: D) En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida -exenta de cargos fiscales- por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.

¹³⁵ Artículo 14 Constitución de la provincia de Río Negro, Argentina: “Los derechos y garantías establecidos expresa o implícitamente en esta Constitución tienen plena operatividad sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de reglamentación. El Estado asegura la efectividad de los mismos, primordialmente los vinculados con las necesidades vitales del hombre. Tiende a eliminar los obstáculos sociales, políticos, culturales y económicos, permitiendo igualdad de posibilidades.”

plena eficacia a las normas constitucionales que posee dicha Carta Fundamental.

El artículo 207 antes citado, contempla la hipótesis de normas constitucionales programáticas, de tipo de ejecución obligatoria para quien ejerza funciones legislativas. La obligatoriedad del precepto constitucional programático deriva generalmente del modo verbal (en presente) de la tarea que se encomienda al legislador, o del contexto imperativo de la frase.¹³⁶

Este incumplimiento de hacer por el órgano legislativo, implica necesariamente determinar un plazo donde esta actividad deba realizarse, al respecto se identifican dos tipos: Los primeros, corresponden a aquellos que explícitamente contienen la norma programática correspondiente, mientras que los segundos se refieren a los plazos razonables para cada situación determinada.

Respecto de la legitimación activa para dar inicio al procedimiento en cuestión, esta corresponde al afectado en su derecho individual o colectivo. La expresión utilizada “afectado” otorga una mayor amplitud para reclamar distintos tipos de intereses vulnerados por la inactividad, ya sean estos derechos subjetivos, intereses legítimos, intereses simples, entre otros. No obstante de existir una amplia gama de sujetos capaces de activar el mecanismo procesal, este estatuto, a diferencia de otros nombrados, no establece una acción popular, por lo que es imprescindible para el actor acreditar algún tipo de perjuicio personal ocasionado por el acto lesivo.

¹³⁶ SAGUÉS, Néstor Pedro. “ La inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro”. En “Inconstitucionalidad por omisión”, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, año 1997, p. 109-117.

Respecto de la legitimación pasiva, esta ha sido delegada a las normas que debe dictar la provincia o alguna municipalidad. En este sentido, el precepto se refiere no sólo al Poder Legislativo, sino también al Ejecutivo, por ejemplo en caso de no emitir decretos reglamentarios de leyes e incluso al Poder Judicial o a cualquier organismo provincial o municipal apto para generar normas y que incumpla alguna directriz constitucional.¹³⁷

El procedimiento establecido para resolver la acción de inconstitucionalidad por omisión en la provincia de Río Negro, es una acción de incumplimiento que consta de dos etapas:

1.- La primera concluye acreditada la mora del legislador, con una intimación para que el órgano, cuya inactividad provoque un perjuicio, dicte la norma faltante. La Constitución deja en manos del Superior Tribunal de Justicia regular el plazo de referencia atendiendo a las particularidades del caso concreto bajo examen.

2.- La segunda alternativa ocurre cuando el órgano requerido desobedece la intimación realizada por el órgano jurisdiccional. Frente a este evento pueden provocarse dos situaciones:

a) La primera opción es que el Superior Tribunal de Justicia integre el orden normativo faltante, con efecto limitado al caso donde se planteo la acción. Este ejercicio lo realiza a través del método jurídico de la integración, mediante el cual, se elabora una regla jurídica recurriendo a la analogía y los principios generales del derecho, tanto nacional como extranjero.

¹³⁷ *Ibidem.*

b) La segunda alternativa sucede en el caso de que el Poder Judicial no pueda cubrir por integración esa falta de norma producida por la inacción del legislador, la Constitución en el inciso final del artículo 207 letra D) faculta al Tribunal a realizar una reparación patrimonial conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.

2.5.-Venezuela.

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del año 1999, nos encontramos con un sistema mixto o integral de control de constitucionalidad. Se establece un control difuso, a cargo de todo juez de la República quien posee la potestad de revisar la constitucionalidad de los actos normativos estatales para el caso concreto y un control concentrado de la constitucionalidad de los actos estatales radicado exclusivamente en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, aplicable respecto de las leyes y demás actos de órganos de poder público.

No obstante la mixtura en el control, en el sistema venezolano es el Tribunal Supremo de Justicia el órgano cuya misión es la de garantizar la supremacía y la efectividad de las normas y principios constitucionales, siendo el último y máximo intérprete de la Carta Magna y el encargado de velar por su uniforme interpretación y aplicación.¹³⁸

Respecto del control concentrado podemos afirmar que existe un control preventivo de constitucionalidad a cargo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo. En él, toda ley que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánica

¹³⁸ HARO GARCÍA, José Vicente. "El control Difuso de la Constitucionalidad en Venezuela: El estado actual de la cuestión", En "La ciencia del Derecho Procesal Constitucional", Tomo II Jurisdicción y Control Constitucional, Universidad Autónoma de México, año 2008, p. 733 y ss.

será remitida antes de su promulgación a la Magistratura Constitucional para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico¹³⁹.

Respecto al control difuso de la constitucionalidad, todo Tribunal podrá ejercerlo únicamente para el caso concreto. Dicha sentencia estará expuesta a los recursos o acciones ordinarias o extraordinarias a que haya lugar; quedando a salvo en todo caso, que la Sala Constitucional haga uso, de oficio o a instancia de parte, de la competencia prevista en el numeral 16 de este artículo¹⁴⁰ y que se aboque a la causa para revisarla cuando esta se encuentre definitivamente firme.¹⁴¹

La disposición constitucional que contiene la institución de la inconstitucionalidad por omisión se consagra en el artículo 336 numeral 7º de la Constitución, que atribuye a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la competencia para “Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador o la legisladora nacional, estadual o municipal, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario los lineamientos de su corrección”.¹⁴²

Esta redacción incorpora la clasificación tradicional entre omisiones absolutas y relativas¹⁴³ y otorga una amplia competencia al Tribunal Supremo

¹³⁹ Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela, artículo 203, inciso tercero.

¹⁴⁰ Artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia: N° 16, Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y control difuso de la constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, dictadas por los demás tribunales de la República.

¹⁴¹ Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia artículo 5 penúltimo párrafo.

¹⁴² Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Artículo N° 336.

¹⁴³ Sentencia n° 2073, de 4 de agosto de 2003, del Tribunal Supremo de Justicia, sala Constitucional, Considerando IV, al indicar que la omisión consiste en el incumplimiento de un acto, conducta, negocio de una autoridad ordenado por la Constitución, sea ella total o parcial. Disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/2073-040803-03-1254%20y%201308.htm>. Fecha consulta 3 de Abril 2014.

de Justicia en materia de control de constitucionalidad de las omisiones del legislador, atendido a que el juicio de reproche puede fundarse tanto en la inactividad en la actividad legislativa, como también en la omisión de las medidas vinculadas con el ejercicio de prerrogativas distintas a las normativas, tales como nombramientos o designación de funcionarios.¹⁴⁴

Al respecto, el autor venezolano Allan R. Brewer-Carías señala que se trata del denominado “control de la constitucionalidad de las leyes por omisión”, y que la norma otorga una amplísima potestad a la Sala Constitucional, sin establecer condicionamiento alguno a la legitimación, por lo que, en el caso de omisiones normativas, el mecanismo para impulsar su control podría recibir el mismo tratamiento de una acción popular.¹⁴⁵

Respecto de la legitimación activa para impulsar el procedimiento, el ejercicio de la acción popular de inconstitucionalidad no requiere de mayores exigencias en la legitimación para poder actuar, por lo que cualquier persona, natural o jurídica, posee la legitimación activa para ejercerla.¹⁴⁶

Como señala el autor nacional, Carlos Dorn Garrido, el concepto de omisión legislativa en el sistema venezolano denota una influencia de la doctrina impulsada por el profesor, José Julio Fernández Rodríguez, por recoger la idea de que la omisión legislativa inconstitucional se produce cuando la inacción del legislador en dictar una norma constitucional se extiende por un periodo excesivamente largo.¹⁴⁷

¹⁴⁴ DORN GARRIDO, Carlos Ob. Cit. p. 167.

¹⁴⁵ BREWER- CARÍAS, Allan; “Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”, Editorial Jurídica Venezolana 3 ed. Caracas, año 2005, p.58.

¹⁴⁶ BAZÁN, Victor. “La inconstitucionalidad por omisión en el derecho, con particular referencia al sistema venezolano”, Ob. Cit. p. 485.

¹⁴⁷ DORN GARRIDO, Carlos Ob. cit. p. 167.

Los efectos que se prevén en el caso de que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia verifique la existencia de la omisión inconstitucional, son solamente la comunicación que realizará esta a la Asamblea Nacional de la existencia de la omisión, pudiendo fijarle un plazo e incluso indicarle lineamientos para que la norma legal sea considerada conforme a la Constitución.

No obstante, en algunos casos en los que existe una vulneración de los derechos fundamentales, el Tribunal Supremo ha incluso asumido una función cautelar de estos, adoptando medidas preventivas, plazos determinados y suspendiendo efectos de las normativas legales que impedían el cumplimiento de obligaciones internacionales derivadas de convenios pactados.¹⁴⁸

2.6.- Ecuador.

La Constitución Ecuatoriana, aprobada por referéndum el 28 de Septiembre de 2008, establece un Tribunal Constitucional y contempla expresamente un control de las omisiones legislativas, siendo así, junto a Venezuela, los únicos países de la región que establecen un control concentrado de la figura de la omisión legislativa inconstitucional abarcada expresamente, radicando su control, en un órgano garante de la Constitución de estilo Kelsiano.

Así, en el artículo 436 N° 10 de la Constitución de 2008 del Ecuador se precisa, dentro de las competencias de la Corte Constitucional, la siguiente: “Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte

¹⁴⁸ Tribunal Superior de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional. Sentencia N° 2073 de 4 de agosto del 2003, Ob. Cit.

Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley”.¹⁴⁹

La redacción de la norma nos ofrece una novedad respecto de los sistemas que hemos observado, ya que en el caso de que la Corte Constitucional verifique una omisión inconstitucional y al hacerlo establezca un plazo para el restablecimiento de la situación contraria a la Carta Magna, ya sea establecido en la misma o determinado por el propio Tribunal, la cláusula habilita a la misma Corte para que, de manera provisional, emita la norma ausente o ejecute el acto omitido, de conformidad con la ley.¹⁵⁰

Es claro que la Constitución, a través de esta norma, busca afirmar su fuerza normativa, específicamente cuando la inacción del legislador o de cualquier otra autoridad, al no regular un caso necesario, paraliza la eficacia de esta, entregando las más amplias facultades al guardián de la Carta Magna, para que este, ante la morosidad del legislador, de modo subsidiario y provisional, le dé un remedio en caso de que el plazo se haya cumplido.

La primera crítica a esta solución es la amenaza latente al principio de división de poderes, ya que la Corte Constitucional al expedir la norma faltante,

¹⁴⁹ Constitución de la República de Ecuador, artículo 436.

¹⁵⁰ Similar normativa podemos encontrar en la Constitución del Estado de Chiapas, México, Art 63, III: “El Tribunal Constitucional, conocerá y resolverá: De las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso del Estado no ha resuelto alguna Ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta constitución...”. La resolución que emita el Tribunal Constitucional que decrete la existencia de omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el Periódico Oficial; en dicha resolución se determinará como plazo un periodo ordinario de sesiones del Congreso del Estado, para que éste resuelva la omisión correspondiente. Tratándose de legislación que deba de aprobarse por el mismo Congreso del Estado, por mandato de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de la Constitución Local, si el Congreso del Estado no lo hiciere en el plazo fijado, el Tribunal Constitucional lo hará provisionalmente en su lugar y dicha legislación estará vigente hasta que el Congreso del Estado subsane la omisión legislativa.

estaría cumpliendo funciones encargadas por la Constitución, inicialmente, a otros órganos, como lo son en el caso ecuatoriano, los asambleístas. Pero al ser la misma Carta Fundamental quien le otorga dichas prerrogativas al Tribunal Constitucional, difícilmente podría generarse una violación a esta, por lo que esta situación posee solamente un alcance académico,¹⁵¹ teórico, pero que en la práctica tiene perfecta concordancia con el sistema constitucional ecuatoriano.

Esta situación genera, en definitiva, que la Constitución faculta al Tribunal Constitucional a actuar como un legislador provisorio, suplente y precario, esto es conscientemente buscado por la norma fundamental, en el sentido de no permitir que los derechos enunciados en esta, queden a merced de la voluntad del órgano emisor de normas al sancionarlas o no. La solución ofrecida, si bien puede ser considerada drástica, provoca que el Tribunal Constitucional alcance un máximo nivel, al deber resolver de manera jurisdiccional un conflicto que en tiempos pasados era considerado político.

Este tipo de control se ha visto reafirmado desde la promulgación de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador (LOGJCC), vigente desde el año 2009, la que en su capítulo IX, al referirse sobre del control constitucional de las omisiones normativas, indica: “El control abstracto de constitucionalidad comprende el examen de las omisiones normativas, cuando los órganos competentes omiten un deber claro y concreto de desarrollar normativamente los preceptos constitucionales. Este control se sujetará al régimen general de competencia y procedimiento del control abstracto de constitucionalidad”¹⁵². En este sentido, tal como lo señala Jorge

¹⁵¹ SAGÜES, Néstor Pedro; “Novedades sobre Inconstitucionalidad por omisión: La Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario”. Estudios Constitucionales, Año 7 N° 2, año 2009. p. 71.

¹⁵² Artículo 128 LOGJCC

Vicente Paladines: “Se trata de una corrección jurídica del sistema político a través de la Corte Constitucional, cuya función en este caso es impedir la ineffectividad de la constitución. De esta forma, a la Corte Constitucional no sólo le compete expulsar ciertas normas del ordenamiento jurídico, sino también impulsarlas, es decir generarlas”.¹⁵³

En dicha normativa, se recogen los conceptos de omisiones constitucionales absolutas y omisiones constitucionales relativas señalando respecto de las primeras que estas tienen el efecto de “conceder al órgano competente un plazo determinado por la Corte Constitucional para la respectiva subsanación. En caso de que no se expida la normatividad en el plazo concedido, la Corte Constitucional formulará por vía jurisprudencial las reglas básicas correspondientes que sean indispensables para garantizar la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales. Dichas reglas básicas mantendrán su vigencia hasta que se dicten, por la Función o Institución correspondiente las normas reguladores de esa materia.”¹⁵⁴

Así también, al referirse a las omisiones normativas relativas, la norma es bastante clara y se refiere a ellas al señalar: “Cuando existiendo regulación se omiten elementos normativos constitucionalmente relevantes, serán subsanadas por la Corte Constitucional, a través de las sentencias de constitucionalidad condicionadas”¹⁵⁵.

El control sobre las omisiones normativas relativas comprende la determinación y la eliminación de las exclusiones arbitrarias de beneficios,

¹⁵³ PALADINES RODRIGUEZ, Jorge Vicente. “Omisión Legislativa Nominativa del decisionismo político al control constitucional”. En “Nuevas Tendencias del Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional”, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, Nicaragua, año 2011, p. 569.

¹⁵⁴ Artículo 129.1 LOGJCC.

¹⁵⁵ Artículo 129.2 LOGJCC.

cuando la disposición jurídica omite hipótesis o situaciones que deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico, y no exista razón objetiva y suficiente que soporte la exclusión.”¹⁵⁶

Sin duda, la ley ecuatoriana adopta la noción amplia de la inconstitucionalidad por omisión, siendo uno de los sistemas jurídicos donde el órgano garante del respeto constitucional posee una mayor capacidad para remediar la situación vulneradora de la Carta Magna directamente, mediante su actuación como legislador suplente y precario, además de considerar que las omisiones constitucionales no sólo son silencios imputables a la conducta del legislador, sino también conductas atribuibles a todos los servidores públicos de las funciones ejecutiva y judicial.

2.7.- Colombia.

Ninguna de las Constituciones colombianas ha previsto en su cuerpo normativo una acción expresa de control de la inconstitucionalidad por omisión legislativa. Esta ausencia de norma no ha impedido que la jurisprudencia de la Corte Constitucional haya elaborado una importante doctrina tomando como fuente principalmente el artículo 241¹⁵⁷ en su numeral 4º de la actual Constitución Política de Colombia de 1991 extendiendo, en ciertos casos, el control de constitucionalidad a las omisiones legislativas.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ Constitución Política de Colombia, artículo 241:A) la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: N° 4: Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

El primer indicio de control respecto a la referida figura se remonta a la sentencia promulgada por la Corte Constitucional en octubre de 1996¹⁵⁸, que vino a introducir por la vía jurisprudencial una doctrina en torno al concepto, estableciendo criterios respecto de la tipología, objeto y efectos del control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, reconociendo esta figura y siguiendo así la doctrina comparada, al entender que la omisión legislativa presupone la existencia de un deber consagrado en la Constitución que se configura por la violación de un deber específico y expreso de legislar, por parte del Poder Legislativo.

Este tema, extrañamente, no ha recogido especial atención por parte de los doctrinantes colombianos. Por su parte, la Corte Constitucional ha sido uniforme al admitir su competencia para conocer las demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, concretamente para proteger el derecho a la igualdad o el derecho de defensa.

Igualmente, cuando ha encontrado vacíos legislativos ha hecho exhortaciones al Congreso de la República para que expida la ley que desarrolle un determinado canon constitucional. Recomendación que obviamente no constituye una imposición sino una admonición para que se cumpla la directiva constitucional.

Así lo ha expresado la misma Corte en su sentencia C-833 del año 2006¹⁵⁹, cuando al referirse a la omisión legislativa indica que esta “presupone la existencia de un deber consagrado en la Constitución, que incumple el

¹⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia Rol C-543/96 16 de Octubre de 1996, demanda de inconstitucionalidad por la omisión del legislador en reglamentar los artículos 87 y 88 de la Constitución. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-543-96.htm>>, Fecha consulta 3 de Abril 2014.

¹⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-833/2006 del 11 de Octubre de 2006. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-833-06.htm>>, Consideraciones y fundamentos de la Corte, Fecha consulta 3 de Abril 2014.

legislador. Así mismo, ha precisado que la omisión no se configura por la violación del deber genérico de legislar, sino por la infracción de un deber específico y expreso de hacerlo en relación con sujetos o situaciones determinados.”

En la misma sentencia el tribunal reconoce dos tipos o modalidades de omisiones legislativas:

i) la omisión legislativa absoluta, que ocurre cuando el legislador no desarrolla actividad alguna, o sea, cuando hay ausencia total de regulación legislativa. En el mismo sentido se refiere a esta modalidad como aquellas que “consisten en el total incumplimiento del deber constitucional de legislar; es decir, el legislador se abstiene de regular la materia constitucionalmente preestablecida generando una “ausencia de normatividad legal”¹⁶⁰

ii) la omisión legislativa relativa, que acaece cuando el legislador sí cumple el deber constitucional de expedir normas en relación con sujetos o situaciones determinados, pero lo hace en forma incompleta o defectuosa, en condiciones tales que vulnera garantías constitucionales, como los principios de igualdad o del debido proceso.¹⁶¹

Frente a estas inactividades del legislador, la Corte Constitucional ha tomado posiciones distintas, por una parte reconociendo la posibilidad de actuar frente a la modalidad relativa de omisión y por otra negando su capacidad de acción frente a las omisiones absolutas.

¹⁶⁰ IBAGÓN, Mónica Liliana. “El control jurisdiccional de omisiones legislativas en Colombia”. En “Instrumentos de tutela y justicia constitucional, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional”. Universidad Nacional Autónoma de México. Año 2002, p. 316.

¹⁶¹ *Ibidem*.

En el caso de omisiones absolutas “la Corte carece de competencia para su examen, pues, sobre la base de que todo análisis de constitucionalidad exige la confrontación de una norma legal con los preceptos constitucionales, en tal evento no existe uno de los extremos de esa comparación y, por ende, el estudio resulta imposible”¹⁶².

Al respecto la Corte también se refirió en la sentencia de 16 de Octubre del año 1996, al exponer “La acción pública de inconstitucionalidad si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales. Las actuaciones penalmente encuadrables o constitutivas de faltas disciplinarias están sujetas a un control que escapa a la competencia de la Corte. Lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad, es evaluar si el legislador al actuar, ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto que comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta.”¹⁶³

Mientras que respecto de las omisiones relativas la Corte ha estimado que “el juicio de constitucionalidad sí es posible, por existir una regulación, aunque parcial o imperfecta, y por contar así con el extremo legal indispensable para la confrontación correspondiente, lo cual determina la competencia de la Corte para efectuarla”.¹⁶⁴

¹⁶² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-833/2006.

¹⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C- 543-96, <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-543-96.htm>>, Revisado última vez el 20 de Mayo 2013.

¹⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia 833-2006.

De esta manera la Corte Constitucional Colombiana ha expresado la importancia acerca del control de las omisiones legislativas argumentando “La Corte ha resaltado la importancia del control sobre las omisiones legislativas relativas para asegurar la efectividad de la guarda de la integridad de la Constitución que el mismo texto superior le ha encomendado, ya que de esta forma, sin afectar la autonomía del órgano legislativo que ya ha decidido libremente ocuparse de una determinada materia, se garantiza que las normas así emanadas del representante de la voluntad general no ignoren los criterios y deberes mínimos que por decisión del mismo Constituyente deben atenderse en relación con el tema de que se trata”.¹⁶⁵

A este respecto, la Corte ha señalado que en la demanda respectiva debe señalarse una norma legal determinada de la cual emerja o surja la omisión y que, por tanto, no es procedente formular demanda por tal motivo en relación con normas legales indeterminadas.

Acerca de las exigencias para el examen de constitucionalidad por omisión legislativa relativa la Corte ha establecido los presupuestos para su existencia:

(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo;

(ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta;

¹⁶⁵ *Ibidem.*

(iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente;

(iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y

(v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.¹⁶⁶

Complementando la sentencia, en el mismo sentido “La Corte ha considerado como elementos estructurales de la omisión legislativa relativa, la existencia de una disposición que excluya de sus hipótesis o de sus consecuencias alguna situación que en principio debía estar incluida, que tal exclusión no tenga justificación alguna y que por lo tanto la misma no supere el juicio de proporcionalidad y de razonabilidad, y por último que dicha exclusión constituya inobservancia de un mandato constitucional impuesto al legislador.”¹⁶⁷ En estos casos procede el control de constitucionalidad de esa disposición, siempre que ese supuesto se desprenda del contenido normativo demandado, pues, como lo ha sostenido la Corte, la inconstitucionalidad por omisión no puede ser declarada por el juez constitucional sino en relación con el contenido normativo de una disposición concreta, que por incompleta resulta ser claramente discriminatoria.

En la jurisprudencia constitucional colombiana, si bien se reconoce en ciertos casos la posibilidad de configurar una omisión legislativa inconstitucional por la vulneración de principios o garantías diversas, tales como el debido proceso u otras, la mayor parte de las demandas de

¹⁶⁶ *Ibidem.*

¹⁶⁷ *Ibidem.*

inconstitucionalidad presentadas y resueltas dicen relación con la exclusión de beneficios, entendiendo esta situación como un atentado directo contra el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución¹⁶⁸, el que establece en su primer inciso la igualdad de protección, trato y goce de derechos, libertades y oportunidades y la prohibición de discriminación, mientras que los dos restantes contienen mandatos específicos de trato diferenciado, a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o vulnerables.

En caso de configurarse una omisión legislativa relativa, la Corte dicta una sentencia integradora, en virtud de la cual se completa o perfecciona la regulación examinada. Con esto se restablece la voluntad del constituyente, que no acató el legislador, y se elimina la vulneración de garantías constitucionales, en ejercicio de su función propia de guardián de la supremacía e integridad de la Constitución consagrada en el Art. 241 de la misma.

El remedio que ha utilizado la Corte Constitucional colombiana, tal como lo explica la sentencia citada “que en los casos en que se configure una omisión legislativa relativa, la Corte debe proceder a dictar o bien una sentencia de inexecutable simple en aras de restablecer la igualdad, como cuando se suprime del ordenamiento jurídico una regulación contentiva de un trato discriminatorio; como también una *sentencia aditiva*, en virtud de la cual se completa o perfecciona la regulación examinada, se restablece la voluntad del

¹⁶⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Artículo 13: Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

constituyente, que no acató el legislador, y se elimina la vulneración de garantías constitucionales, en ejercicio de su función propia de guarda de la supremacía e integridad de la Constitución consagrada en el Art. 241 de la misma. Así también, cuando se configura la omisión legislativa por vulneración del principio de igualdad, esta Corte ha establecido que la solución puede encontrarse en una *sentencia de exequibilidad condicionada* que permita extender la cobertura de aquellos contenidos normativos de los que se predica la omisión, a los sujetos excluidos.”¹⁶⁹

¹⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-463-2008, de 14 de Mayo 2008, Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-463-08.htm>> Revisado última vez el 3 de Abril 2014.

CAPÍTULO III: ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EFECTOS DE SUS SENTENCIAS Y TIPOLOGÍA DE LAS MISMAS.

1.- Función atribuida al Tribunal Constitucional en la actualidad.

Previo a la exposición y análisis de las atribuciones del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencia parece conveniente hacer una breve referencia al rol atribuido actualmente al Tribunal, a las razones de la evolución del constitucionalismo, el tránsito desde el constitucionalismo Estado al constitucionalismo humanista que fundamenta en gran medida dicho rol. Para estos efectos, nos referiremos primero en forma general a los diversos cambios que ha importado esta evolución en el entendimiento de la Constitución para luego abordar, de manera específica, cómo dichos cambios han importado una modificación del rol atribuido a nuestra jurisdicción constitucional.

En el constitucionalismo de Estado se entendía que el núcleo normativo de la Constitución se dirigía a los órganos estatales, teniendo como objetivo la limitación del poder y entendiéndose que la regulación que establecía se dirigía exclusivamente a dichos órganos. En esta etapa del constitucionalismo se encomendaba el resguardo de la Constitución al legislador, atribuyéndosele a la Carta Fundamental una fuerza indirecta y una supremacía formal sobre las demás normas estatales, el rol del Estado se encontraba dirigido solo al respeto de los derechos fundamentales. Respecto a estas características, la evolución hacia un constitucionalismo humanista ha significado profundos cambios, el núcleo normativo de la Carta Fundamental se dirige a la persona, en consecuencia el objetivo es la defensa y promoción de los derechos fundamentales, extendiéndose sus normas a la regulación de todas las

relaciones, sean estas estatales o no. Actualmente el resguardo de la Constitución se extiende a todos los órganos del Estado, se atribuye a la Carta Fundamental una fuerza normativa directa y una supremacía ya no solo formal, sino también material sobre las normas infraconstitucionales y las conductas.¹⁷⁰

En este contexto, uno de los importantes cambios en la evolución constitucional ocurre respecto de los órganos encargados de asegurar la vigencia, respeto y eficacia de la Constitución, entre ellos el legislador, ahora sujeto a los principios y normas de la Carta Fundamental. Junto a la descrita sujeción de la ley y, por tanto, del resto del ordenamiento jurídico a la Constitución, es claro, que en el constitucionalismo humanista, el supremo garante de la Carta Fundamental es el juez y, su sentencia, la última palabra respecto a su defensa¹⁷¹.

De esta manera, el principal garante de la Carta Fundamental es el Tribunal Constitucional, sin perjuicio de que los demás órganos estatales también se encuentran obligados a la defensa de la Constitución, sin embargo, tal defensa solo es un deber genérico que es consecuencia de las funciones que desarrollan, mientras que en el caso del Tribunal Constitucional, la defensa tantas veces referida es la razón de ser de su consagración normativa y respecto de la totalidad de la Constitución, no solo de una o más de sus partes¹⁷², como ocurre con los demás órganos del Estado que estarán vinculados a una o más partes de la Constitución según las funciones que desempeñen. Se trata del principal garante de la Carta Fundamental, el juez ya no solo pronuncia las palabras de la ley, sino que actualmente, “sobre la base

¹⁷⁰ FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. “La sentencia del Tribunal Constitucional, su eventual carácter vinculante y la inserción en las fuentes del derecho”. Editorial Librotecnia. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Año 4 N°1, 2006, pp. 126 y ss.

¹⁷¹ FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. Ob. Cit. p. 130.

¹⁷² FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. Ob. Cit. p. 131.

de la interpretación y aplicación directa de la Carta Fundamental, la defensa y promoción de los derechos humanos, evalúa permanentemente el apego de las decisiones estatales y de los particulares a esa finalidad esencial...”¹⁷³. Como corolario de lo anterior, cambia la forma de concebir las funciones atribuidas al Tribunal Constitucional, concebido antes solo como un legislador negativo. Veremos expresiones de esto más adelante, al tratar el eventual carácter vinculante de sus sentencias y los nuevos tipos de decisiones jurisdiccionales que están emanando de la jurisdicción constitucional, denominadas sentencias atípicas.

2.- Atribuciones del Tribunal Constitucional.

En este apartado se analizarán las atribuciones que nuestro ordenamiento jurídico le otorga al Tribunal Constitucional en atención a los distintos tipos de control de constitucionalidad de las ley que realiza este órgano. Esta exposición tiene por objeto dar cuenta de las distintas circunstancias a propósito de las cuales nuestra jurisdicción constitucional se ha pronunciado respecto a las omisiones legales inconstitucionales. Previo a ello, haremos una breve referencia al desarrollo del control de constitucionalidad de las leyes en el ordenamiento jurídico nacional.

La jurisdicción constitucional se consagra por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico en la Constitución de 1925, en ella solo se contemplaba la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la que conocía la Corte Suprema, la cual no estaba facultada para declarar la inconstitucionalidad con efectos generales. Sin embargo, hubo dos proyectos de reforma respecto a este tema que no prosperaron, en los años 1950 y 1964. Luego de la creación del Tribunal Constitucional en el año 1970, al redactar la Constitución de 1980

¹⁷³ FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. Ob. Cit. p. 131.

se propuso otorgar esta facultad a nuestra Magistratura Constitucional, pero la Junta Militar modificó esta norma, no otorgándole ni al Tribunal Constitucional ni a la Corte Suprema la facultad para efectuar un control represivo abstracto de constitucionalidad¹⁷⁴. Así las cosas, desde 1980 hasta el año 2005, el Tribunal Constitucional efectuaba el control preventivo de constitucionalidad de las leyes y la Corte Suprema conocía de la inaplicabilidad¹⁷⁵, contemplando nuestro ordenamiento jurídico un sistema difuso de control de constitucionalidad de las leyes. Finalmente, con la reforma del año 2005 (Ley 20.050) se traspaesa el conocimiento de la acción de inaplicabilidad desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional y se contempla la posibilidad de que un precepto legal contrario a la Constitución sea expulsado del ordenamiento jurídico, mediante una declaración de inconstitucionalidad que produce efectos generales, se trata de un efecto derogatorio por lo que no produce efectos retroactivos¹⁷⁶. Como corolario de lo anterior, nuestro actual ordenamiento jurídico contempla un sistema concentrado de control de constitucionalidad de las leyes.

2.1.- El control preventivo de constitucionalidad.

El control preventivo de constitucionalidad tiene por objeto evitar el nacimiento de normas contrarias a la Carta Fundamental y también impedir que normas de derecho internacional que sean inconstitucionales se incorporen a nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de un sistema mediante el cual el Tribunal Constitucional concreta la revisión del contenido de una reforma constitucional, de un proyecto de ley o de un tratado internacional, con el objeto de determinar su conformidad con las reglas, principios y valores de nuestra

¹⁷⁴ NAVARRO BELTRÁN, Enrique. "El control de constitucionalidad de las leyes en Chile". Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 43, Santiago de Chile, año 2011, p. 120.

¹⁷⁵ NAVARRO BELTRÁN, Enrique. Ob. Cit. p. 144.

¹⁷⁶ NAVARRO BELTRÁN, Enrique. Ob. Cit. p. 122.

Carta Fundamental antes de integrarse a nuestro ordenamiento jurídico¹⁷⁷. Al tratarse de un control preventivo, lo que se busca evitar es la vigencia y aplicación de normas inconstitucionales, “aplicándose a los preceptos legales o de reforma constitucional, antes de su promulgación y, respecto de los tratados internacionales antes de su ratificación”¹⁷⁸. De acuerdo a la forma en que nuestra Constitución reglamenta esta materia es posible distinguir entre control preventivo obligatorio y control preventivo facultativo.

Conforme al numeral 1° del art. 93 de la Carta Fundamental son objeto de un control preventivo obligatorio: 1) Las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución; 2) Las leyes orgánicas constitucionales y; 3) Los tratados internacionales que versen sobre materias propias de una ley orgánica constitucional. Es importante destacar que esta última es una de las nuevas atribuciones que la reforma de 2005 otorga al Tribunal Constitucional.

El Tribunal conoce de estas materias en pleno y su plazo para fallar es de treinta días desde que concluye la relación, pudiendo en casos calificados y por resolución fundada, ampliarlo en quince días más (LOCTC, art. 49, inc. 2). Conforme al art. 51 de la LOCTC, si el Tribunal declara la constitucionalidad de una de estas normas, no se admitirá a tramitación ningún requerimiento para resolver la inconstitucionalidad del proyecto o de una o más de sus normas y, tampoco podrá declararse la inaplicabilidad por el mismo vicio materia del proceso y sentencia respectiva. A nuestro parecer, este precepto no es del todo acertado, por un lado, el vicio discutido en el control preventivo de una norma que es declarada constitucional conforme a un control abstracto, puede producir efectos jurídicos contrarios a la Carta Fundamental en su aplicación a

¹⁷⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El Tribunal Constitucional Chileno reformado en 2005: sus competencias y algunos hitos jurisprudenciales trascendentes”, *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009”, p. 435.

¹⁷⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Ob. Cit. p.436.

un caso concreto, dado que la forma de realizar el examen de constitucionalidad en este control es completamente distinto y, por otro, impide una evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dado que el precepto que fue declarado constitucional podría luego ser estimado inconstitucional conforme al avance de los conocimientos jurídicos o los cambios de la realidad social.

Conforme al numeral 3 del art. 93 de la Constitución, están sujetas a un control preventivo facultativo las cuestiones que se susciten durante la tramitación de: 1) Los proyectos de ley; 2) Los proyectos de reforma constitucional y; 3) Los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso que no versen sobre materias propias de una ley orgánica constitucional. Respecto de estas normativas existe una legitimación activa restringida, sin poder el Tribunal conocerlas de oficio, sino que solo puede conocerlas a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de la cuarta parte de sus miembros.

La LOCTC regula los requisitos que debe cumplir el requerimiento para que sea admitido a tramitación, si no se cumple con ello, se tiene por no presentado para todos los efectos legales. Dichos requisitos son: 1) Contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya y, señalar de manera precisa la cuestión de constitucionalidad y el o los vicios que se acusan, indicando las normas que se creen transgredidas (LOCTC, art. 63, inc. 1); 2) El requerimiento debe ser presentado por un órgano legitimado; 3) Debe interponerse dentro de los plazos contemplados en el artículo 62 (LOCTC, art. 66, inc. 2, N° 1).

El Tribunal conoce del requerimiento en pleno y, conforme al art. 67, inc. 1° de su LOC, desde que es declarado admisible tiene diez días para fallar, sin

perjuicio de la prórroga que contempla el inc. 5°, del art. 93 de la Carta Fundamental. Excepcionalmente, por razones fundadas, el tribunal puede declarar la inconstitucionalidad de las normas acusadas basado en fundamentos constitucionales distintos a los invocados por las partes (LOCTC, art. 69). Finalmente, conforme al art. 71 de la ley 17.997, “Declarado por el Tribunal que un precepto legal impugnado de conformidad a este párrafo es constitucional, no podrá ser declarado posteriormente inaplicable por el mismo vicio materia del proceso y de la sentencia respectiva.” Respecto de esta norma cabe hacer la misma crítica que hicimos al art. 51 de la LOCTC.

En cuanto a los plazos para ejercer (o provocar) el control preventivo se debe distinguir. En el caso de los tratados internacionales que pueden ser objeto de un control preventivo es necesario que el Tribunal conozca, o el requerimiento se interponga, “mientras el tratado se encuentra sometido a la aprobación del Congreso, por lo que concluida la aprobación del tratado por el Congreso y comunicada formalmente tal aprobación al Presidente de la República, es inadmisibile el requerimiento formulado con posterioridad, dado que la facultad de los órganos legitimados para interponerlo (o para resolver sobre su constitucionalidad agregamos nosotros) se habrá extinguido”¹⁷⁹. En el caso de las demás normas legales sometidas a control preventivo, el control sobre las mismas solo puede realizarse con anterioridad a su promulgación. Enrique Navarro¹⁸⁰, precisando este plazo señala “que las cuestiones de constitucionalidad pueden ser formuladas durante la tramitación de un proyecto de ley, es decir, *dicho plazo se inicia al dar cuenta del respectivo proyecto en la Cámara de origen y se extiende hasta la promulgación del mismo.*”

Cabe agregar que en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el caso del control preventivo así como en los controles represivos de constitucionalidad

¹⁷⁹ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Ob. Cit. p. 439.

¹⁸⁰ NAVARRO BELTRÁN, Enrique. Ob. Cit. p. 47.

que veremos a continuación, “el control de constitucionalidad, además de los aspectos procedimentales o adjetivos, se extiende a los aspectos sustantivos, en virtud de que de acuerdo con el artículo 5, inc. 2, el ejercicio de la potestad constituyente tiene como límite los derechos esenciales de las personas asegurados por la Constitución, como asimismo por los tratados ratificados por Chile y vigentes”¹⁸¹.

2.2.- El control represivo de constitucionalidad.

El control represivo de constitucionalidad, también llamado correctivo, se presenta cuando la norma cuestionada ya forma parte del ordenamiento jurídico, la norma está vigente y se aplica. Como señalamos, en este caso la impugnación también puede fundarse en motivos de forma y/o de fondo, como asimismo por inconstitucionalidad sobreviniente. En nuestro ordenamiento jurídico se contempla un control represivo concreto y un control represivo abstracto como veremos a continuación.

2.2.1.- El control represivo concreto de constitucionalidad¹⁸².

El control represivo concreto de constitucionalidad se encuentra consagrado en el art. 93, N°6 de la Constitución, que señala entre las atribuciones del Tribunal Constitucional. “Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.” Al tratarse de un control concreto, el tribunal solo se puede pronunciar sobre la constitucionalidad de las disposiciones legales en su

¹⁸¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Ob. Cit. p. 437.

¹⁸² En virtud de la Reforma de 2005 el conocimiento de la acción de inaplicabilidad se traspaso desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional, estableciendo de esta manera un sistema concentrado de control de constitucionalidad de las leyes.

aplicación al caso concreto (a diferencia de los otros controles contemplados en nuestro ordenamiento jurídico, en que el juicio de constitucionalidad de la norma se determina averiguando en abstracto -sin atender a circunstancias determinadas- la conformidad o disconformidad de la norma con los principios, valores y normas constitucionales) “y señaladas con precisión por la parte o por la autoridad judicial o administrativa que promueve el incidente de inconstitucionalidad”¹⁸³.

El art. 93, inciso 11 de la Carta Magna complementa el control contemplado en el N°6 del mismo artículo, en cuanto a la legitimidad activa, la cuestión puede ser promovida por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto, en este sentido la LOCTC, en su art. 79, inciso 1 precisa que es órgano legitimado el juez y son personas legitimadas las partes de la gestión, en esta regulación “el concepto de parte es muy amplio y la Constitución no excluye la más amplia gama de posibilidades”¹⁸⁴. La LOCTC también regula la admisibilidad del control, de ella conoce cualquiera de las salas del tribunal, que declarará la admisibilidad, sin ulterior recurso, siempre que se verifiquen los siguientes requisitos: 1) El requerimiento debe ser formulado por el juez o las partes de la gestión (art. 84, N° 1); 2) la existencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, que puede existir aunque no se haya notificado la demanda¹⁸⁵ y, no estará pendiente desde que se haya puesto término a la gestión por sentencia ejecutoriada. El concepto de gestión es muy amplio, comprende todos los procesos, procedimientos y juicios más variados, en definitiva, cualquier asunto jurisdiccional del orden temporal contemplado no solo en el art. 76 de la Constitución sino también en otras

¹⁸³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Ob. Cit. p. 443.

¹⁸⁴ SAENGER, Fernando; “Acción de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Facultades del Nuevo Tribunal Constitucional. Algunos casos Jurisprudenciales”. Editorial Librotecnia. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Año 5 N °1, año 2007, p. 331.

¹⁸⁵ NAVARRO BELTRÁN, Enrique. Ob. Cit. p. 63.

normas¹⁸⁶; 3) Que la aplicación del precepto impugnado resulte decisiva en la resolución del asunto, que la norma objetada resuelva el juicio, asunto o gestión, de otra manera la acción será rechazada; 4) Que la impugnación este fundada razonablemente y; 5) Se cumplan los demás requisitos que establezca la ley LOCTC. La referida ley, cumpliendo con el mandato constitucional, establece el resto de los requisitos: 6) Si la cuestión se promueve respecto de una norma legal que haya sido declarada conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o el represivo, debe invocarse un vicio distinto al que fue materia de la sentencia (LOCTC, art. 84, N° 2); 7) De los antecedentes de la gestión pendiente debe aparecer que la aplicación del precepto legal impugnado será decisiva para la resolución del asunto¹⁸⁷ (LOCTC, art. 81), además, debe analizarse, si es posible que el juez pueda considerar el precepto impugnado para resolver uno de los asuntos o materias que le han sido sometidos a su conocimiento (LOCTC, art. F, inc. 1, N°5); y 8) El requerimiento debe exponer circunstanciadamente como la aplicación de la norma legal al caso concreto resulta contraria a la Constitución (LOCTC, art. 80). Si no se cumple con estos requisitos o con los trámites preliminares que establecen los arts. 79 y 80, el requerimiento se tendrá como no presentado (LOCTC, art. 82, inc. 1°).

El Tribunal conoce y falla la inaplicabilidad en pleno, por mayoría simple y, para resolverla, al tratarse de un control concreto, debe analizar si el precepto legal invocado en la gestión pendiente e interpretado correctamente, producirá efectos contrarios a la Constitución. En cuanto a los efectos de la sentencia, al tratarse de un control represivo concreto, la inaplicabilidad de los preceptos legales solo genera efectos *inter partes* (LOCTC, art. 92, inc. 1), sin generar cosa juzgada constitucional, esto se debe, a que en otro caso concreto que se presente al Tribunal, éste puede reexaminar la norma legal, a la luz del nuevo

¹⁸⁶ SAENGER, Fernando. Ob. Cit. p. 317.

¹⁸⁷ NAVARRO BELTRÁN, Enrique. Ob. Cit. p. 54.

contexto y del caso específico, pudiendo variar su decisión anterior¹⁸⁸. La sentencia que declara la inaplicabilidad de la norma legal impugnada debe especificar el modo en que su aplicación en la gestión judicial pendiente resulta contraria a la Constitución (LOCTC, art. 89). En cuanto al plazo para dictar sentencia, conforme al art. 87, inc. 2° de la LOCTC, este es de treinta días y puede prorrogarse por otros 15 por resolución fundada cuando se trate de casos calificados.

Además de lo señalado hasta el momento, la ley atribuye al Tribunal Constitucional, en forma excepcional y por razones fundadas, la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las normas acusadas basándose únicamente en fundamentos constitucionales diversos a los que invocaron las partes en el juicio, debiendo advertirle a estas, en cualquier etapa del juicio, con el objeto de que puedan referirse a la posible aplicación de los preceptos constitucionales que no invocaron (LOCTC, art. 88).

Nogueira, refiriéndose a uno de los méritos de este tipo de control destaca “El juicio incidental de inconstitucionalidad permite conjugar dos principios constitucionales básicos, la eficacia directa de la Constitución y el principio de respeto a la ley por parte de los tribunales ordinarios, posibilitando al tribunal ordinario elevar a la consideración del Tribunal Constitucional todo precepto legal en el cual haya dudas de constitucionalidad”¹⁸⁹.

Cabe por último hacer algunas precisiones respecto a la expresión “precepto legal” utilizada por nuestra Carta Fundamental. El acuse de inconstitucionalidad debe referirse a un precepto de rango legal, expresión que comprende no solo la ley propiamente tal, sino también los decretos leyes y los

¹⁸⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Ob. Cit., p. 444.

¹⁸⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Ob. Cit. p. 442.

decretos con fuerza de ley¹⁹⁰, Saenger estima que dentro de este vocablo también se encuentran comprendidos los tratados internacionales¹⁹¹ (la acción de inaplicabilidad no procede respecto de actuaciones o actos administrativos). Además, dicho acuse debe dirigirse a normas determinadas, las presentaciones hechas de manera genérica respecto de distintas normas son desechadas¹⁹². Por último, el Tribunal Constitucional ha señalado, en diversos fallos (Roles N° 626-06, 944-08, 1254-09, entre otros)¹⁹³ lo que se entiende por precepto legal, de ellos se desprende que el vocablo “precepto legal es equivalente al de norma o regla jurídica de rango legal, en este sentido, y conforme al art. 93 de la Constitución, una unidad de lenguaje es considerada un precepto legal cuando se basta a sí misma y tiene la aptitud de producir efectos jurídicos. Conforme a este concepto del vocablo, se han dictado sentencias estimatorias que declaran la inconstitucionalidad, incluso, de una palabra, el Tribunal, en la causa Rol N°1254-09, declaró la inconstitucionalidad de la palabra gratuidad que formaba parte del enunciado normativo del art. 595 del Código Orgánico de Tribunales. Todas las precisiones que hemos hecho respecto a la expresión “precepto legal” no se restringen a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ellas se extienden en términos idénticos a lo que se entiende por precepto legal en el numeral 7 del art. 93, dado que se señala, entre las atribuciones del Tribunal “Resolver...la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”. No es posible afirmar lo mismo respecto del control preventivo de constitucionalidad, en virtud de éste control, si bien puede ocurrir que se revise la constitucionalidad de un precepto legal, también puede ocurrir que se presenten proyectos de ley que contienen una pluralidad de normas y que el tribunal declare la inconstitucionalidad de diversos artículos, bien porque

¹⁹⁰ NAVARRO BELTRÁN, Enrique. Ob. Cit. p. 65.

¹⁹¹ SAENGER, Fernando. Ob. Cit. p. 317.

¹⁹² NAVARRO BELTRÁN, Enrique. Ob. Cit. p. 75.

¹⁹³ NAVARRO BELTRÁN, Enrique. Ob. Cit. p. 76.

ellos en su relación entre sí producen efectos contrarios a la Constitución, bien porque vienen a complementar una regulación que tornarían inconstitucional.

2.2.2.- El control represivo abstracto de constitucionalidad.

Este tipo de control consiste en que el Tribunal Constitucional contrasta el precepto legal cuestionado con la Carta Fundamental en abstracto con el objeto de determinar si dicha norma legal es constitucional o inconstitucional y, en caso de que el precepto legal no se conforme con la Carta Fundamental, en virtud de la declaración de inconstitucionalidad éste será expulsado del ordenamiento jurídico, así, esta declaración produce efectos generales, se trata de un efecto derogatorio por lo que carece de efectos retroactivos. Que este examen se realice en abstracto significa que el juicio de constitucionalidad se hace sin atender a circunstancias determinadas o casos concretos, por lo que “exige una completa contradicción entre el precepto y la Constitución”¹⁹⁴¹⁹⁵. En este sentido, puede afirmarse que mientras la inaplicabilidad en cierta medida constituye una manifestación del principio de eficacia directa de la Constitución, la inconstitucionalidad es una expresión del principio de supremacía constitucional. Se señala también, que la declaración de inconstitucionalidad se vincula con el principio de igualdad ante la ley¹⁹⁶, esto en el sentido de que si una norma declarada inaplicable no pudiere ser declarada inconstitucional -por no contemplar dicha posibilidad el ordenamiento jurídico- seguiría vigente y aplicándose aun cuando del examen abstracto resultara una completa contradicción entre esta y la Constitución, lo que derivaría en que en algunos

¹⁹⁴ NAVARRO BELTRÁN, Enrique. Ob. Cit. p. 136.

¹⁹⁵ Al tratarse de un examen abstracto, la declaración de inaplicabilidad no importa necesariamente una posterior declaración de inconstitucionalidad, dado que en esta última se consideran las circunstancias concretas de la gestión judicial en razón de la cual se ejerce la acción.

¹⁹⁶ NAVARRO BELTRÁN, Enrique. Ob. Cit. p. 137.

casos la norma se aplique y en otros no (según se interponga y acoja la acción de inaplicabilidad o no se interponga o no se acoja la misma).

Saenger, refiriéndose a la acción de inconstitucionalidad, contemplada por primera vez en nuestra historia institucional en razón de la reforma de 2005, señala: “El tema es de suyo polémico y de gran relevancia política ya que puede significar sacar del sistema jurídico un texto legal que ha sido aprobado por el Congreso Nacional y por el Presidente de la República como poderes colegisladores, desconociendo de esta manera la soberanía nacional contemplada en el artículo 5° de la C.P. y que por representación la tiene el Congreso pero que corresponde en última instancia al pueblo”¹⁹⁷

Este control, también denominado reparador, se encuentra consagrado en el numeral 7° del art. 93 de la Carta Fundamental, el cual señala que es atribución del Tribunal Constitucional “Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”. El mismo artículo, en su inc. 12, complementa la regulación de este control, sin perjuicio de que no lo haga en plenitud, establece: 1) En relación con la legitimación activa contempla una acción popular, es decir, se puede solicitar la declaración de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano, sin perjuicio de que el tribunal tiene la facultad para declararla de oficio; 2) Realiza un encargo al legislador, los requisitos de admisibilidad en caso de que se ejerza la acción pública y la regulación del procedimiento que deberá seguirse para actuar de oficio deberán regularse en la LOCTC. Esta ley cumple con el encargo constitucional, regulando dichas materias en los arts. 93 a 104.

Presupuestos para ejercer la acción de inconstitucionalidad:

¹⁹⁷ SAENGER, Fernando. Ob. Cit. p. 343.

- 1) Debe tratarse de la inconstitucionalidad de un “precepto legal” (art. 93, N°7, CPR). Ya nos referimos al significado y alcance de esta expresión al tratar sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, resultando plenamente aplicable lo señalado en ese momento a la acción de inconstitucionalidad.
- 2) La norma debe haber sido previamente declarada inaplicable (art. 93, N° 7, CPR), en caso contrario, el requerimiento será declarado inadmisibles por resolución fundada (art. 97, N°1, LOCTC).
- 3) Solo pueden considerarse las causales en que se sustentó la declaración previa de inaplicabilidad, debe tratarse del mismo vicio, de lo contrario será declarado inadmisibles, teniéndose como no presentado para todos los efectos legales (art. 97, N°2, LOCTC). Sin embargo, nuestra jurisdicción constitucional ha señalado que esto no significa “que los razonamientos deban ser idénticos atendida la diversa naturaleza de las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad”¹⁹⁸.
- 4) “Debe abrirse proceso sustanciándose y dictándose la respectiva sentencia”¹⁹⁹.
- 5) La o las personas jurídicas o naturales que ejerzan la acción deben fundar razonablemente la petición, indicar en forma precisa la o las sentencias de inaplicabilidad en que se sustenta y los argumentos constitucionales que le sirven de apoyo (art. 95, inc. 1, LOCTC).

¹⁹⁸ NAVARRO BELTRÁN, Enrique. Ob. Cit. p. 135.

¹⁹⁹ NAVARRO BELTRAN, Enrique. Ob. Cit. p. 133.

En caso de faltar alguno de estos requisitos el requerimiento se tiene por no presentado (art. art. 95, inc. final y art. 97, inc. 2, LOCTC).

La LOCTC también regula, en su art. 93, la facultad del Tribunal Constitucional para proceder de oficio a declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, señalando en su art. 94 que “así lo declarará el Tribunal en una resolución preliminar fundada, que individualizará la sentencia de inaplicabilidad que le sirve de sustento y las disposiciones constitucionales transgredidas.”

El Tribunal debe pronunciarse en pleno acerca de la constitucionalidad del precepto legal (el quórum para adoptar la decisión es de cuatro quintos), contrastando la norma cuestionada con la Constitución en abstracto y si llega a la conclusión de que dicho precepto es inconstitucional, por un vicio de forma o de fondo, este será expulsado del ordenamiento jurídico.²⁰⁰ El plazo para dictar sentencia es de 30 días desde que termina la tramitación, pudiendo ampliarse por 15 días por resolución fundada y la sentencia que acoja el requerimiento producirá su efecto derogatorio desde su publicación en el Diario Oficial, publicación que debe hacerse dentro de los tres días siguientes al pronunciamiento de la misma (art. 102, LOCTC). Al tratarse de un efecto derogatorio, no produce efectos retroactivos, conforme a lo cual, no se verán afectados los actos y contratos celebrados con anterioridad y tampoco los actos jurisdiccionales, administrativos o de otra naturaleza. Saenger se refiere a una posible excepción a esta regla general, la que podría presentarse en el caso de que se derogue algún tipo penal, “ya que conforme al principio de benignidad y por lo señalado expresamente en el art. 19 N°3 inciso 7° de la Constitución Política, podría tener efecto retroactivo”²⁰¹. Fernández es de la opinión de que una interpretación de esta norma en virtud de la cual se impida

²⁰⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Ob. Cit. p. 447.

²⁰¹ SAENGER, Fernando. Ob. Cit. p. 348.

el efecto retroactivo de todas las sentencias pronunciadas en este tipo de control resulta inconstitucional²⁰², sobre esto nos explayaremos en el acápite siguiente.

Por último cabe destacar que la declaración de inconstitucionalidad es una medida de *ultima ratio*, Navarro da cuenta de esta situación citando distintas sentencias²⁰³, entre ellas los roles acumulados N° 558-06 y 590-06 en los que la sentencia señala que dicha declaración “implica no solo la anulación o derogación de un acto emanado del poder legislativo, sino que conlleva un alto grado de inseguridad jurídica ante el vacío normativo que produce la desaparición de la norma jurídica naturalmente destinada a regular conductas, cuyo reemplazo es incierto.”

3.- Los efectos de las sentencias constitucionales y su fuerza vinculante.

Como ya señalamos, la reforma de 2005 estableció un sistema concentrado de control de constitucionalidad de las leyes, radicando dicho control en el Tribunal Constitucional. Consecuencia importante de ello es que el Tribunal Constitucional se convierte en el intérprete supremo de la Carta Fundamental para establecer los parámetros del control de constitucionalidad²⁰⁴, situación que acarrea consecuencias en los distintos tipos de controles y en las sentencias dictadas como consecuencia de ellos, como se verá en el desarrollo de este capítulo.

²⁰² FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. Ob. Cit. p. 144.

²⁰³ NAVARRO BELTRÁN, Enrique. Ob. Cit. p. 140.

²⁰⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; “La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante”. Editorial Librotecnia. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Año 4 N°1, año 2006, p. 98.

3.1.- Efectos de las sentencias estimatorias y desestimatorias.

Las sentencias estimatorias son aquellas que acogen el acuse de inconstitucionalidad del requirente, sin perjuicio de que también puedan pronunciarse en los casos en que el Tribunal Constitucional debe actuar obligatoriamente, mientras las desestimatorias son aquellas que no acogen la solicitud del requirente, por estimar que el precepto infraconstitucional impugnado se conforma con la Carta Fundamental. Además, “Al confrontar la Constitución con las norma infraconstitucional, el Tribunal Constitucional puede dictar una sentencia total o parcialmente estimatoria o desestimatoria. Algunos de estos fallos constituyen sentencias atípicas, tanto por sus implicancias jurídicas como por su trascendencia política”²⁰⁵. En cuanto a los importantes efectos jurídicos que pueden producir la sentencias atípicas, que veremos en forma exhaustiva más adelante, piénsese en una sentencia manipulativa aditiva que, en definitiva, tiene aptitud para modificar el enunciado normativo del precepto sujeto a control, posibilitando nuevas interpretaciones de la misma y/o excluyendo algunas. En cuanto a la trascendencia política de estas sentencias, un ejemplo de ello son las sentencias apelativas al legislador que, por ejemplo, ante una norma manifiestamente inconstitucional no deroga la misma, en razón de que el pronunciamiento de una sentencia estimatoria generaría una situación aún más inconstitucional, por lo que solo exhorta al legislador a modificar la normativa sujeta a control. Los efectos de las sentencias constitucionales varían según el tipo de control, cuestión que explicaremos resumidamente a continuación.

En el caso del control preventivo de constitucionalidad, si el Tribunal declara la inconstitucionalidad de la norma, esta no formará parte del ordenamiento jurídico, no pudiendo ser aplicada como preceptúa el art. 94, inc. 2 de la Carta

²⁰⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “La sentencia constitucional en Chile...”. Ob. Cit. p. 101.

Fundamental: “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”. Si la sentencia dictada en control preventivo obligatorio declara la constitucionalidad de un tratado, de un proyecto de ley orgánica constitucional o de una ley que interprete algún precepto de la Constitución, el Tribunal no admitirá a tramitación requerimientos para resolver cuestiones de constitucionalidad de dichas normas y, además, no podrá declararse su inaplicabilidad por el vicio que fue materia del proceso y la sentencia respectiva (LOCTC, art. 51). Si la sentencia que declara la constitucionalidad de la norma es dictada en control preventivo facultativo, la norma no podrá ser declarada inaplicable por el mismo vicio materia de la sentencia (LOCTC, art. 71).

En el caso del control reparador abstracto la Carta Suprema, en su art. 94, inc. 3, atribuye a la sentencia estimatoria un efecto derogatorio, el que se producirá desde la publicación de la misma en el Diario Oficial, señalando expresamente que dicha sentencia no producirá efectos retroactivos. En éste caso, al tratarse de un efecto derogatorio, el efecto de la sentencia será *erga omnes* dado que la norma dejará de producir efectos para todos los órganos y personas.

Fernández es de la opinión de que una interpretación conforme a la cual en virtud de la derogación, se impide en todo caso el efecto retroactivo, es inconstitucional. Este autor comienza señalando que lo favorable o desfavorable de refiere a las personas que han sido beneficiadas o perjudicadas por la derogación de la norma legal, afirma que la prohibición de dotar de efecto retroactivo a la sentencia tiene por objeto no afectar las situaciones en que la norma derogada fue favorable para una persona, como señala el art. 19, N°24 de la Carta Fundamental “nadie puede, en caso alguno, ser privado de lo suyo”, lo que se debe proteger son los derechos adquiridos de

buena fe²⁰⁶. La situación varía, según el autor en comentario, cuando la norma derogada produjo efectos desfavorables para un individuo, en este caso la prohibición del efecto retroactivo es inaceptable, no solo porque es el mismo Estado quien, “unilateralmente y ex nihilo, se dicta una norma que lo favorece perjudicando a las personas, sino que, sobre todo, porque lesiona derechos que la Carta Fundamental y los tratados internacionales vigentes en nuestro país aseguran, vulnerando, de paso, las Bases de la Institucionalidad, particularmente sus artículos 1 inciso 4° y 5 inciso 2°”²⁰⁷. En definitiva, este autor sostiene que la prohibición de efecto retroactivo para las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de un precepto abarca solo los derechos adquiridos de buena fe, pero ello no sana los perjuicios que con dicha ley o en virtud de ella, haya sufrido cualquier individuo²⁰⁸.

Por último, la sentencia estimatoria de la acción de inaplicabilidad tiene como consecuencia que el tribunal que conoce de la gestión pendiente no podrá aplicar el precepto legal acusado. Así, en este caso la sentencia produce efectos *inter partes* (LOCTC, art. 92), sin perjuicio de que “los principios y fundamentos del fallo..., constituyen a lo menos, criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho por los demás operadores jurídicos”²⁰⁹.

Como se puede apreciar, nuestra Constitución establece expresamente que las sentencias del Tribunal Constitucional en control represivo abstracto solo producen efectos a futuro, lo que trae como consecuencia necesaria que, ni el legislador orgánico constitucional ni el Tribunal Constitucional pueden dar efecto retroactivo a las sentencias que expulsan un precepto legal del

²⁰⁶ FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. Ob. Cit. p. 144.

²⁰⁷ FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. Ob. Cit. p. 145.

²⁰⁸ FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. Ob. Cit. p. 145.

²⁰⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “La sentencia constitucional en Chile...”. Ob. Cit. p. 102.

ordenamiento jurídico, reglamentación que no es necesaria en el control previo dado que la norma nunca produjo efectos, ni en el control reparador concreto que en nuestra Carta Fundamental se restringe a las “gestiones pendientes”.

Conforme al art. 94 de nuestra norma suprema, las sentencias del Tribunal Constitucional no son susceptibles de recurso alguno. Fernández señala que esta norma establece “el principio básico y absoluto conforme al cual las resoluciones del Tribunal no procede recurso alguno, sin perjuicio de que el propio Tribunal pueda rectificar errores de hecho”²¹⁰. Es importante precisar que el art. 94 de la Constitución es aplicable a todas las sentencias del Tribunal, sean estas estimatorias o desestimatorias y sea que se hayan pronunciado en el control preventivo o en el control reparador (abstracto o concreto). En este sentido, se cumple lo afirmado por el juez Jackson en *Brown v/s Allen*, el Tribunal Constitucional no tiene la última palabra porque sea infalible, sino que es infalible por tener la última palabra.

3.2.- La fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional.

El análisis de la fuerza vinculante de las sentencias constitucionales se refiere a la determinación de la fuerza vertical y horizontal que despliegan las referidas sentencias, el estudio de esta materia se refiere principalmente a la fuerza vinculante de la parte motiva del fallo, parte que establece los principios y fundamentos inescindibles de la decisión, donde se encuentra la *ratio decidendi* de la sentencia, se trata, en definitiva, de la fuerza vinculante del precedente. Respecto al estudio de la fuerza vinculante de la decisión propiamente tal no existe mayor problemática. Así, a continuación analizaremos el alcance de la fuerza vinculante de las sentencias

²¹⁰ FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. Ob. Cit. p. 142

constitucionales para el propio Tribunal Constitucional y para los demás órganos estatales.

En vistas al análisis que realizaremos, es importante comprender el significado de la palabra precedente, la cual, atendiendo a la definición que aporta Fernández, tiene un doble significado. Por un lado, impone la obligación de resolver un caso de la misma forma en que ya se resolvió uno igual o análogo. Por otro lado, la obligación de mantener y respetar la interpretación dada a un precepto constitucional a la hora de aplicarlo nuevamente a otro asunto, resolver conforme al mismo razonamiento aplicado anteriormente, sin perjuicio de la facultad del Tribunal para cambiar la decisión o interpretación si lo hace fundadamente²¹¹. Sin perjuicio de la corrección de esta definición, al analizar la fuerza vinculante del precedente, no la restringiremos al alcance que tiene la misma respecto del propio Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios, sino que el análisis será extensivo a los demás órganos estatales, en particular, respecto del legislador.

En este sentido, cabe hacer presente que el artículo 31 del proyecto de LOCTC, en etapa de debate parlamentario, señalaba en uno de sus incisos que “Los órganos del Estado están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal resuelva”. Este artículo explicitaba la fuerza vinculante del fallo constitucional, estableciendo un deber de obediencia de todos los órganos del Estado respecto del mismo²¹². Sin embargo, la Cámara de Diputados consideró que no era necesario explicitar dicha fuerza vinculante, que ello resultaba redundante respecto de los principios en que se sustenta el derecho público nacional²¹³.

²¹¹ FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. Ob. Cit. p. 134.

²¹² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “La sentencia constitucional en Chile...”. Ob. Cit. p. 105.

²¹³ *Ibidem*.

3.2.1.- Fuerza vinculante de las sentencias constitucionales para el propio Tribunal Constitucional.

En general, se señala que la jurisdicción constitucional se encuentra vinculada por sus resoluciones previas, esto, en el sentido de que para variar su jurisprudencia, frente a los precedentes que ha sentado, debe emitir una decisión suficientemente fundamentada. Así, el Tribunal Constitucional puede modificar su jurisprudencia de acuerdo a los principios doctrinarios, circunstancias del caso concreto y del contexto (bien sea jurídico, político o social) en que se dicta el fallo. Lo anterior, porque es necesario que la Carta Fundamental pueda ir adaptándose a una realidad que cambia constantemente, al desarrollo de los conocimientos jurídicos y, porque de lo contrario el Tribunal no podría apartarse de sus decisiones erróneas. Conforme con lo anterior, Nogueira señala “El juez constitucional junto con seguir los principios de la dogmática constitucional, si quiere apartarse de los precedentes está obligado a desarrollar la fundamentación y argumentación de la posición incorrecta del precedente en la situación actual o ante un nuevo contexto, ya que la evolución jurisprudencial debe ser explícita y razonada, prudente y equilibrada, con el objeto de no generar un grado inadecuado de incertidumbre o inseguridad jurídica”²¹⁴. En un sentido similar lo expresa Zuñiga²¹⁵ quien afirma que el valor vinculante de los precedentes *interna corporis* debe ser un valor relativo, tomado con ciertos resguardos y abierto al cambio. En este sentido, Fernández también hace hincapié en que el Tribunal debe poder modificar sus precedentes señalando que de lo contrario “se corre el riesgo de petrificar la labor del Tribunal, quien no debe temer en aplicar su

²¹⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “La sentencia constitucional en Chile...”. Ob. Cit. p. 109.

²¹⁵ ZUÑIGA URBINA, Francisco. “Sentencias del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. El valor del precedente”. Editorial Librotecna. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Año 4 N°1, 2006, p. 165.

jurisprudencia como tampoco de modificarla cuando las circunstancias lo ameriten”²¹⁶.

El propio Tribunal Constitucional ha reconocido en diversas sentencias el valor vinculante que tienen sus decisiones para el mismo, así por ejemplo en la sentencia Rol 171-1993 en su considerando 15° señala: “Que, por último, debe también tenerse en consideración, para resolver acerca de la conveniencia de mantener la razón decisoria contemplada en fallos anteriores del Tribunal Constitucional en relación a una materia determinada, que ello crea la certeza y seguridad jurídica necesarias para todos aquellos a quienes pueda interesar y/o afectar lo que este resuelva sobre el punto. Los cambios de doctrina jurídica por lo general deben producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que los justifiquen.”

En conclusión, si bien el Tribunal Constitucional puede modificar su jurisprudencia, en general es necesario una cierta uniformidad de la misma, de lo contrario incumpliría funciones propias del mismo, como eliminar ámbitos de conflicto garantizando la seguridad jurídica, objetivo que no se lograría si se generara un constante cambio de las normas derivadas de los enunciados normativos constitucionales.

3.2.2.- Fuerza vinculante de las sentencias constitucionales para los demás órganos estatales.

En términos generales, es un punto pacífico en nuestra doctrina que existe la obligación de cumplir lo resuelto en la parte dispositiva del fallo. El debate se genera respecto de la *ratio decidendi* de la resolución, es decir, si los razonamientos que sustentan la decisión contenida en la parte resolutive tienen

²¹⁶ FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. Ob. Cit. p. 138.

algún carácter vinculante. En opinión de Nogueira, los principios y razonamientos que llevan a la decisión deben constituir un criterio auxiliar para todos los órganos del estado, mientras el propio Tribunal Constitucional no modifique dichos criterios²¹⁷. Desde otra perspectiva, Zúñiga, al referirse al valor de la *ratio decidendi* para los demás órganos estatales hace referencia a su eficacia persuasiva, la que señala, está condicionada por la corrección y sustento de los razonamientos y fundamentos contenidos en las sentencias constitucionales, ya que de éstos dependerá la referida eficacia de las mismas. A continuación analizaremos, en forma particular, la fuerza vinculante de las sentencias constitucionales respecto de los demás tribunales y del Poder Legislativo.

A.- Fuerza vinculante de las sentencias constitucionales respecto de los demás tribunales.

Como señalamos, el carácter de norma fundamental de la Constitución, junto a la consagración de un sistema concentrado de control de constitucionalidad de las leyes, sitúan al Tribunal Constitucional como el intérprete máximo de la Carta Fundamental. Conforme a ello, y a las atribuciones de la jurisdicción constitucional, se señala que la sentencia constitucional recibe un tratamiento especial, mientras que el concepto tradicional de sentencia entiende esta como norma individual sometida al imperio de la ley y a las normas de la lógica, la sentencia constitucional, por una parte, en virtud de su aptitud para anular actos de poderes sometidos a control de constitucionalidad, constituye una fuente formal primaria de Derecho y, por otra, en relación a su *ratio decidendi*, es decir, en cuanto precedente, se

²¹⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "La sentencia constitucional en Chile..."Ob. Cit. p. 113.

le atribuye un valor vinculante del que carecen las sentencias de los demás tribunales, un efecto persuasivo²¹⁸.

En efecto, como afirma Zúñiga, las sentencias estimatorias del Tribunal Constitucional que recaen en un proceso de control de constitucionalidad constituyen una fuente primaria, es decir, una fuente formal del derecho en virtud de su efecto derogatorio, con efectos *erga omnes* y futuros en el tiempo²¹⁹. Es desde esta perspectiva de análisis que afirmamos en el acápite anterior la obligatoriedad, o valor vinculante absoluto, de las sentencias constitucionales respecto de los demás órganos del Estado, entre los que se encuentran los tribunales ordinarios.

Sin embargo, lo que interesa analizar ahora es la sentencia constitucional como fuente indirecta, es decir, la fuerza vinculante de la *ratio decidendi*, en definitiva, el efecto vinculante de la fundamentación de la decisión del Tribunal Constitucional para los tribunales ordinarios. Se trata de fundamentar y determinar el alcance del efecto persuasivo que se atribuye a esta parte de la sentencia constitucional, en qué medida los razonamientos y principios de derecho contenidos en la sentencia para llegar a la decisión, han de ser utilizados por los demás jueces para resolver los casos análogos que se presenten ante ellos.

El fundamento de la eficacia persuasiva de la *ratio decidendi* de las sentencias constitucionales, como señala Zúñiga, con quien concordamos, se encuentra en que el Tribunal Constitucional es el interprete máximo de la Carta Fundamental²²⁰ y en los principios y valores de seguridad jurídica, igualdad ante la ley y unidad del ordenamiento jurídico que tienen por finalidad reducir el

²¹⁸ ZÚÑIGA URBINA, Francisco. Ob. Cit. p. 156.

²¹⁹ ZÚÑIGA URBINA, Francisco. Ob. Cit. p. 158.

²²⁰ ZÚÑIGA URBINA, Francisco. Ob. Cit. p. 165.

margen de creación de los jueces²²¹. Si bien lo señalado fundamenta esta eficacia persuasiva respecto de los órganos estatales en general y de los tribunales en particular, su autoridad, legitimidad y alcance dependerá de la corrección y sustento de los razonamientos y fundamentos que llevan al tribunal a la decisión, en definitiva, dependerá de la calidad de su *ratio decidendi*.

Conforme a lo anterior, es posible concluir, que la fuerza vinculante de las sentencias constitucionales (del precedente formado a través de su jurisprudencia) tiene un alcance distinto en cada una de ellas. Cabe añadir que, en virtud del efecto señalado, cabría exigir de los tribunales ordinarios un conocimiento sistemático de la jurisprudencia constitucional. Fernández va un poco más lejos en cuanto al alcance que atribuye al precedente, éste autor también señala la necesidad de un conocimiento sistemático de la jurisprudencia constitucional, sin embargo, en nuestra opinión, va demasiado lejos en cuanto a las consecuencias que podría acarrear para un juez solicitar la declaración de inaplicabilidad de un precepto, al afirmar que cuando el asunto ya ha sido resuelto anteriormente por el Tribunal Constitucional, el juez que requiera sobre el mismo, estaría desconociendo el efecto vinculante y, con ello, podría llegar a argumentarse que está incurriendo en una conducta susceptible de queja y sanción disciplinaria²²².

Sin embargo Nogueira²²³ denuncia un problema significativo en relación con la fuerza vinculante del precedente. Si un juez desconoce un precedente sin justificación suficiente, el Tribunal Constitucional carece de competencia para controlar que el resto de los tribunales respeten su jurisprudencia, no existe un instrumento jurídico para hacer respetar sus decisiones. Este autor, plantea

²²¹ ZÚÑIGA URBINA, Francisco. Ob. Cit. p. 166.

²²² FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. Ob. Cit. p. 141.

²²³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “La sentencia constitucional en Chile...”. Ob. Cit. p. 116

como solución el incidente de inaplicabilidad en el sentido de que todo órgano estatal está obligado a aplicar directamente la Constitución y, “si una parte considera que el juez ordinario no ha aplicado el precedente constitucional, al apelar o casar dicha sentencia, durante esta última instancia, podrá plantear el incidente de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ya que el juez ordinario debe aplicar la norma constitucional conforme a la interpretación dada por el Tribunal Constitucional, interpretación que debe entenderse incorporada al respectivo enunciado constitucional, lo que obliga a desaplicar toda norma infraconstitucional interna contraria a los principios desarrollados por el tribunal constitucional previamente, no pudiendo el juez apartarse de dicho precedente en casos análogos posteriores de aplicación de la norma reglamentaria”²²⁴, salvo que lo haga en base a una fundamentación justificada, correcta y suficiente.

B.- Fuerza vinculante de las sentencias constitucionales para el poder legislativo.

Por último, cabe preguntarse por el eventual carácter vinculante de los precedentes emanados de la jurisdicción constitucional respecto del Poder Legislativo, si la *ratio decidendi* de la o las sentencias que dan lugar a un precedente pueden constituir algún tipo de límite, o condicionar de alguna manera, la función legislativa.

Peña Torres aborda este tema desde el sentido y funciones del Tribunal Constitucional, en cuanto a la competencia de éste Tribunal, al control de constitucionalidad de las leyes, señala que “es posible afirmar que el objeto de la justicia constitucional no apunta a sustituir la labor del legislador o a asumir

²²⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “La sentencia constitucional en Chile...”. Ob. Cit. p. 118.

sus competencias”²²⁵. En éste sentido, el objeto del Tribunal Constitucional no es fijar la mejor interpretación de los preceptos constitucionales, sino solo eliminar los preceptos contrarios a la Constitución. De lo contrario, el Tribunal Constitucional atentaría contra la autonomía del legislador -contra la libertad que se le atribuye para configurar nuestro ordenamiento jurídico en la medida que no contraría la Carta Fundamental- autonomía que, en virtud de los principios de presunción de constitucionalidad de la ley y respeto al legislador, no puede sino reconocer. El Tribunal debe respetar la voluntad del poder legislativo cuando esta no vulnera la Constitución²²⁶. Respecto a esto resulta útil recordar el carácter de última ratio de la declaración de inconstitucionalidad, la inconstitucionalidad de un enunciado normativo exige que no exista una interpretación de la que se derive una norma conforme a la Constitución. Sobre estas bases, la referida autora, sin emitir un juicio determinante respecto a la fuerza vinculante del precedente, aborda su importancia señalando que, la relevancia de que la jurisprudencia constitucional desarrolle precedentes, radica en que cada uno de los criterios que se desarrollen a partir de ellos contribuya “a formar una verdadera doctrina constitucional, en creciente desarrollo, que sin pretender sustituir la actividad legislativa, tiende al resguardo cabal del principio de supremacía de la Carta Fundamental. Creemos que, bajo esta perspectiva, es imposible desconocer la importancia del precedente, negando su carácter vinculante, no solo para quien lo va configurando, sino que para todo el resto de los órganos del Estado”.

²²⁵ PEÑA TORRES, Marisol; “El precedente constitucional emanado del Tribunal Constitucional y su impacto en la función legislativa”. Editorial Librotecnia. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Año 4 N°1, año 2006, p. 175.

²²⁶ PEÑA TORRES, Marisol. Ob. Cit. p. 176.

En relación a la posibilidad de que el Poder Legislativo legisle nuevamente sobre lo resuelto en una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, Nogueira nos señala que la doctrina se encuentra dividida²²⁷.

Para una parte de la doctrina, no podría plantearse una nueva ley con igual contenido al declarado inconstitucional, “ya que ello constituiría un desacato al Tribunal Constitucional y un ilícito constitucional”. Dentro de esta perspectiva parece inconstitucional que el Congreso pueda eliminar legislativamente un precedente constitucional obligatorio²²⁸. En esta línea, Fernández, refiriéndose al control preventivo, afirma que la declaración ex ante de inconstitucionalidad deja al legislador vinculado directamente por el precedente, no pudiendo volver a intentar aprobar esa disposición, salvo que haya sido tachada por vicio de forma susceptible de ser reparado en una nueva normativa²²⁹.

Para otra parte de la doctrina, la declaración de inconstitucionalidad de una ley no debería impedir debatir una nueva ley con idéntico contenido, si esto ocurre en un tiempo razonable, siempre que no se busque alterar situaciones que han sido abarcadas por el fallo, y, en consecuencia, que dicha ley sólo produzca efectos futuros. Esto se justifica en la necesidad de no bloquear la innovación jurídica frente a las nuevas hipótesis y a una realidad en constante cambio, como asimismo, la posible rectificación de criterios que con el tiempo pasan a considerarse erróneos, sin perjuicio de mantener siempre el Tribunal Constitucional la última palabra sobre la constitucionalidad de los preceptos legales²³⁰.

²²⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “La sentencia constitucional en Chile...”. Ob. Cit. p. 120.

²²⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “La sentencia constitucional en Chile...”. Ob. Cit. p. 120.

²²⁹ FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. Ob. Cit. p. 143.

²³⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “La sentencia constitucional en Chile...” Ob. Cit. p. 120.

Estamos de acuerdo con esta última posición, por un lado, por las razones que ella misma explicita, si el legislador no pudiere presentar nuevamente la misma ley, ello implicaría bloquear la innovación jurídica y la modificación de los precedentes sentados por el Tribunal conforme a la evolución de la doctrina constitucional y la modificación constante de las situaciones sociales, económicas, políticas y jurídicas que el Tribunal Constitucional tiene en consideración al momento de pronunciar su sentencia, a lo que se suma el hecho de la imposibilidad de que la Magistratura Constitucional modifique sus decisiones erróneas, lo que se hace aún más grave, si se tiene en consideración que contra las resoluciones del mismo no precede recurso alguno. Por otro lado, en razón de que en nuestra opinión, la fuerza vinculante del precedente de la jurisprudencia constitucional sólo arranca de su *ratio decidendi*, cuyos efectos vinculantes en esta materia dependen, exclusivamente, de la valoración que haga el propio legislador, tal como lo explicaremos a continuación, al explicitar de forma más clara nuestra posición respecto del efecto vinculante del precedente constitucional para el poder legislativo.

En nuestra opinión, la fuerza vinculante del precedente constitucional depende exclusivamente de la valoración que haga de la corrección argumentativa del Tribunal Constitucional el Poder Legislativo, por lo demás, esta es una conclusión obligada, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, no es posible atribuir ningún efecto jurídico a los precedentes asentados por la jurisdicción constitucional. Así, la fuerza vinculante del precedente, si bien hemos señalado que dependerá del peso de las argumentaciones en que se sustenta, ni siquiera dependerá exclusivamente de ello, ya que sin perjuicio de que el precedente constitucional tenga una argumentación y sustento sumamente sólido y correcto, si dicha argumentación no es compartida por el legislador, su peso vinculante será inexistente.

En conclusión, la fuerza vinculante del precedente radica en un efecto exclusivamente persuasivo y es el propio legislador quien se la asignará. Siendo la única posibilidad que tiene la Magistratura Constitucional de defender los precedentes asentados por su jurisprudencia, los futuros controles constitucionales que haga respecto de leyes que regulen las mismas materias desconociendo la *ratio decidendi* en que se sustente el precedente, y esto no ocurrirá necesariamente respecto de todas las leyes que declare inconstitucionales, pues si la sentencia estimatoria fue pronunciada en un control preventivo facultativo o en un control represivo abstracto, su competencia para realizar otro examen de constitucionalidad estará supeditada a la actuación previa de las personas que se encuentran legitimadas para provocar la realización de los señalados controles.

4.- Tipología de las sentencias constitucionales.

Previo al análisis de las distintas sentencias dictadas por nuestro Tribunal Constitucional, aparece conveniente referirse al estudio y clasificación realizada por la doctrina, nacional y extranjera, respecto a las resoluciones emanadas de los órganos encargados del control de constitucionalidad de las leyes. Lo anterior, con el objeto de establecer un marco conceptual o de referencia que facilite el estudio de las sentencias dictadas por nuestro Tribunal Constitucional, los criterios que ha utilizado en las mismas, así como su conveniencia.

Las sentencias tradicionales o clásicas son aquellas denominadas estimatorias y desestimatorias. El pronunciamiento estimatorio es aquel que acoge la postulación que denuncia la inconstitucionalidad de un precepto (derogándolo o declarándolo inaplicable para el caso concreto, según los

efectos que se atribuyan a la sentencia), mientras que la sentencia desestimatoria es aquella que rechaza el acuse de inconstitucionalidad de una norma²³¹. Estas sentencias también pueden ser dictadas de oficio cuando el ordenamiento jurídico establece que el Tribunal Constitucional puede o debe pronunciarse de oficio.

Sin perjuicio del pronunciamiento de sentencias tradicionales la jurisprudencia constitucional, en las últimas décadas, ha pronunciado fallos que escapan a la clasificación tradicional y cuyo surgimiento obedece a distintos motivos, los cuales condicionan (positiva y negativamente) necesidad y legitimidad de esta nueva categoría de sentencias. Así, sea por aplicación del principio de “cortesía constitucional”, sea en virtud del principio de “presunción de constitucionalidad de los actos legislativos” que busca, en lo posible, conservar el valor de las normas infraconstitucionales (preservando el ordenamiento jurídico y protegiendo la seguridad jurídica), sea por la consideración del principio de “legitimidad constitucional” que exige a la jurisdicción constitucional una, cada vez mayor, conformidad entre el ordenamiento jurídico y los valores y principios constitucionales, o sea porque la judicatura constitucional debe considerar los efectos de sus decisiones (por ejemplo, dejando sin derogar una norma inconstitucional dado que su eliminación sería más perjudicial que su vigencia)²³², es que *“el derecho procesal constitucional ha imaginado en las últimas décadas categorías de fallos que escapan a esa doble estratificación tradicional (de fallos estimatorios y desestimatorios) dando lugar a las sentencias atípicas”*²³³.

²³¹ SAGÜÉS, Néstor Pedro. “Las sentencias constitucionales exhortativas”. Editorial Librotecnia. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Año 4 N°2, 2006 p. 109.

²³² NOGUEIRA ALCALÁ; Humberto, “Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América latina” en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122004000100005&script=sci_arttext (consultada el 20 de Agosto de 2013)

²³³ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Ob. Cit. p. 191

Zapata Larraín²³⁴ aborda el fenómeno de las sentencias atípicas de una forma similar, aunque añadiendo otras razones a su conveniencia. Éste autor hace referencia al hecho de que los tribunales constitucionales, en ocasiones, se enfrentan a normas que admiten diversas interpretaciones (fenómeno denominado “textura abierta del derecho”), unas más conformes a la Constitución y otras más contradictorias con ella, señalando que la respuesta típica frente a esta situación a veces puede resultar demasiado drástica, la constitucionalidad o inconstitucionalidad pura y simple de la disposición (sentencia desestimatoria y sentencia estimatoria respectivamente).

Frente a ello, plantea que, en ocasiones, resulta más conveniente una respuesta menos drástica, más quirúrgica, representada por las sentencias atípicas. Señala que “existe precisamente una práctica jurisprudencial y una teoría que la sustenta, que postula, precisamente, que en casos como los descritos –una disconformidad probable o argüible con la Constitución- el Tribunal Constitucional debiera recurrir a soluciones menos drásticas que la invalidación del precepto, neutralizando el vicio sin tener que recurrir a la declaración irrevocable de inconstitucionalidad”²³⁵. Por lo demás, a la aptitud de las sentencias atípicas para matizar, de manera conveniente y en los casos que sea idóneo, los efectos de las sentencias tradicionales, les añade el mérito de generar un canal de comunicación entre el Tribunal Constitucional y los legisladores.

En definitiva, la importancia de estas sentencias radica en que con ellas se abre la puerta a decisiones jurisdiccionales que constituyen respuestas

²³⁴ ZAPATA LARRAÍN, Patricio; “Las sentencias atípicas en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno” en “Revista semestral del Centro de Estudios Constitucionales”; Editorial Librotecnia, 2006 N°2. Páginas 177 y ss.

²³⁵ *Ibidem*.

realistas y flexibles, frente a situaciones inconstitucionales, que buscan otorgar seguridad jurídica en la perspectiva de una aplicación uniforme del derecho²³⁶

4.1.- Clases de sentencias atípicas

Existen distintas variantes de sentencias atípicas, cuya clasificación y contenido no es un asunto pacífico en la doctrina. A continuación, se expondrán las clasificaciones de las mismas efectuadas por la doctrina, a objeto de utilizarlas complementariamente en el análisis de sentencias que se realizará en el siguiente capítulo.

4.1.1.- Sentencias manipulativas:

- a) Sentencia manipulativa admisorias: Reputa inconstitucional una determinada exegesis de la norma, más no al texto normativo en sí que sigue vigente y aplicable en cuanto se lo interprete de forma distinta a la declarada inconstitucional²³⁷.

- b) Sentencia manipulativa desestimatorias: Declara constitucional cierta interpretación del precepto, rechazando su acuse de inconstitucionalidad. Deja abierta la posibilidad de reputar inconstitucional otra inteligencia del precepto, y también la de efectuar otras interpretaciones que se conformarán con la constitución²³⁸.

Las sentencias manipulativas admisorias y desestimatorias buscan respetar, en la medida de lo posible, el principio de conservación de las normas, a

²³⁶ NOGUEIRA ALCALÁ; Humberto, "Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales..." Ob. Cit. en <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122004000100005&script=sci_arttext> (consultada el 20 de Agosto de 2013)

²³⁷ SAGÜES, Néstor Pedro; Ob. Cit., pág. 192.

²³⁸ SAGÜES, Néstor Pedro, Ob. Cit.

condición de que exista al menos una interpretación del enunciado normativo que sea compatible con la Constitución. En opinión de Nogueira²³⁹, quien agrupa estos dos tipos de sentencias atípicas bajo la denominación de sentencias interpretativas, estas sentencias no merecen crítica alguna, dado que con ellas se busca la conservación de la obra legislativa, eliminando aquellas interpretaciones que sean contrarias a la Constitución y respaldando aquellas que sean constitucionales (Nogueira no incluye, dentro de este tipo de sentencias, los casos en que el tribunal llega a la conclusión de que ninguna interpretación es compatible con la Carta Fundamental).

Avilés Hernández²⁴⁰, refiriéndose a estos dos tipos de sentencias, que también agrupa bajo la denominación de sentencias interpretativas, afirma que, en aquellos casos en que el Tribunal Constitucional debe realizar un control de constitucionalidad de normas que admiten diversas interpretaciones, las sentencias del mismo debieran adoptar las siguientes formas, según las conclusiones a que llegue el Tribunal, para proteger la eficacia de las normas y la seguridad jurídica:

- Si el tribunal concluye que solo una interpretación es compatible con la Constitución, deberá señalar expresamente que la norma es aplicable solo cuando sea interpretada de dicha forma y que si se aplica una exegesis distintas del texto habrá un vicio de inconstitucionalidad;

²³⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales..." Ob. Cit. disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122004000100005&script=sci_arttext> (consultada el 20 de Agosto de 2013)

²⁴⁰ AVILÉS HERNÁNDEZ; Víctor Manuel. "Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional y los cuestionamientos o dificultades que las mismas presentan". Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Volumen 72, Santiago de Chile, año 2010, p. 212.

- Si concluye que solo una posible interpretación del precepto es inconstitucional, lo señalará expresamente y que las demás interpretaciones si son constitucionalmente viables, y;
- Si detecta que todas las interpretaciones del texto legal son incompatibles con la Constitución declarará no solo la inaplicabilidad de la norma, sino también su inconstitucionalidad.

Si bien Avilés Hernández realiza el análisis de las sentencias interpretativas en relación a la resolución de la acción de inaplicabilidad (control concreto), el mismo autor señala que es válido su análisis en conjunto con el control abstracto de constitucionalidad, a la luz de sus indudables elementos comunes²⁴¹. Por lo demás, las formulas que propone que debieran adoptar las sentencias interpretativas, frente a las distintas conclusiones a que llegue el Tribunal Constitucional, permiten diferenciar los casos en que las sentencias interpretativas deben restringirse a declarar la inaplicabilidad de la norma, de aquellos en que el Tribunal además debe declarar la inconstitucionalidad de la misma.

- c) Sentencia manipulativa aditiva: Añade algo a la norma, a objeto de tornarla compatible con la Constitución²⁴². Se trata de sentencias que contienen una decisión de estimación parcial, luego de declarar inconstitucional una norma que es construida mediante una labor interpretativa, el tribunal “llega a crear una norma por vía de sustitución o adición, con un significado opuesto al declarado inconstitucional”²⁴³. Se incorpora un elemento nuevo al enunciado normativo, incorporación que

²⁴¹ AVILÉS HERNÁNDEZ, Victor Manuel. Ob. Cit. p. 213.

²⁴² SAGÜÉS, Néstor Pedro. Ob. Cit. p. 193.

²⁴³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales...” Ob. Cit. disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122004000100005&script=sci_arttext> (consultada el 21 de Agosto de 2013)

tiene por objeto en algunos casos cubrir un vacío normativo y, en otros, incluir a alguien inconstitucionalmente excluido de un beneficio o situación legal²⁴⁴.

- d) Sentencia manipulativa sustitutiva: Según Sagúes²⁴⁵, el Tribunal destruye una norma que reputa inconstitucional (en general, porque según su criterio el precepto no admite una interpretación conforme a la Constitución), cubriendo el vacío por otra regulación conforme a la Constitución. A diferencia de lo que ocurre con las sentencias aditivas, en que el Tribunal compatibiliza la norma con la Constitución sustituyendo o añadiendo algo al enunciado normativo (si bien la norma es inconstitucional, esta no es expulsada del ordenamiento jurídico gracias a la adición o sustitución), en el caso de las sentencias sustitutivas “el tribunal expulsa del ordenamiento jurídico una disposición normativa y soluciona el vacío normativo con una regulación que tiene apoyo constitucional directo”²⁴⁶. En las aditivas, no se expulsa en definitiva el enunciado normativo, sino que este es complementado, permitiendo derivar del enunciado normativo una norma diversa y, en las sustitutivas, es el enunciado normativo el que resulta expulsado del ordenamiento jurídico, solucionando el vacío normativo generado sin recurrir a la norma sometida a control de constitucionalidad, sino solo a la Constitución.

²⁴⁴ SAGÚES, Néstor Pedro. Ob. Cit. p. 193.

²⁴⁵ SAGÜES, Néstor Pedro. Ob. Cit. p. 193.

²⁴⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales...” Ob. Cit. disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122004000100005&script=sci_arttext> (consultada el 21 de Agosto de 2013)

Nogueira²⁴⁷ señala, que para la constitucionalidad de estas sentencias (aditivas y sustitutivas) no basta que la regla establecida por la jurisdicción constitucional sea conforme a la Constitución, sino que es necesario cubrir el vacío normativo con una norma específica que se deduzca necesaria, directa y obligatoriamente de la Carta Magna. La solución será ilegítima si existen diversas formas de regular el vacío normativo en conformidad con la norma fundamental, en este caso la opción de optar por alguna de las formas de regulación posibles conforme a la Constitución corresponde al legislador. Con el cumplimiento de este requisito se tempera la crítica de la función de legislador positivo que desarrollaría el tribunal al dictar estos dos tipos de sentencia, la sentencia solo estaría dando eficacia directa a la Constitución.

Mientras las sentencias manipulativas admisorias y desestimatorias constituyen manifestaciones de baja intensidad de la función de legislador positivo del tribunal constitucional (respetan el principio de cortesía constitucional aún más que las sentencias exhortativas). Las sentencias manipulativas aditivas y sustitutivas son manifestaciones más duras de una función legiferante positiva por parte de la jurisdicción constitucional, complementan o establecen normas, razón por la cual son miradas con mayor recelo, ante su aptitud para invadir el ámbito de competencias del Poder Legislativo.

²⁴⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales..." Ob. Cit. disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122004000100005&script=sci_arttext> (consultada el 21 de Agosto de 2013)

4.1.2.- Sentencias exhortativas, aditivas o con aviso.

Las sentencias exhortativas son una especie de sentencias manipulativas mediante las cuales el Tribunal, ante una norma inconstitucional, aparentemente inconstitucional o en vías de serlo, encarga al legislador la sanción de un nuevo texto normativo conforme a la Constitución. Ellas contienen directrices para la sanción de un nuevo texto normativo inequívocamente constitucional y, en algunos casos, fijan plazos para la sanción de la nueva normativa.

- a) Sentencia exhortativa delegativa: Reputa inconstitucional una norma, señalando al legislador las directrices que debiera seguir para dictar una norma compatible con la Constitución²⁴⁸.
- b) Sentencia exhortativa de inconstitucionalidad simple: Constatada la inconstitucionalidad de una norma, esta no es invalidada, a fin de evitar efectos jurídicos y/o sociales desastrosos que podría producir una eliminación inmediata de la norma legal del ordenamiento jurídico, imponiendo al legislador el deber de modificar el régimen legal vigente a fin de que se conforme a la Constitución²⁴⁹.
- c) Sentencia exhortativa de constitucionalidad precaria: Estima que la norma objeto del juicio de constitucionalidad aún no es inconstitucional, pero que está en vías de serlo, por lo que insta al legislador a dictar una regulación por completo constitucional, a veces dando pautas de su contenido²⁵⁰.

²⁴⁸ SAGÜES, Néstor Pedro. Ob. Cit. p. 194.

²⁴⁹ SAGÜES, Néstor Pedro. Ob. Cit. p. 194.

²⁵⁰ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Ob. Cit. p. 195.

Las sentencias exhortativas, también manifiestan el desarrollo, por parte del Tribunal Constitucional, de una función de legislador positivo en menor (se insta al legislador a dictar una nueva regulación) o mayor medida (contienen directrices a seguir para asegurar la constitucionalidad de la norma y fijan un plazo para su sanción).

4.1.3. - Sentencias prospectivas.

Estas sentencias modulan sus efectos en el tiempo, determinando ellas mismas la fecha desde la que producirán efectos, dando al legislador la posibilidad de adecuar la regulación a la Constitución. Así, los efectos de este tipo de sentencias “no son ex nunc sino pro futuro, evitando los efectos más perniciosos que podría producir la eliminación inmediata de la norma legal del ordenamiento jurídico”²⁵¹. Se trata de sentencias que responden al temor de la jurisdicción constitucional de crear, a través de la sentencia estimativa y, ante la imposibilidad de dictar una sentencia aditiva, un vacío normativo que provoque una situación de mayor inconstitucionalidad o perniciosos efectos sociales.

Estas sentencias se diferencian de las sentencias exhortativas de inconstitucionalidad simple que contemplan un plazo para producir efectos, en que no contienen directrices o criterios para la sanción de un nuevo texto plenamente constitucional, ni un encargo explícito al legislador para que dicte una nueva regulación.

²⁵¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales...” Ob. Cit. disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122004000100005&script=sci_arttext> (consultada el 23 de Agosto de 2013)

Como se desprende de lo expuesto, las sentencias interpretativas, en general, se dictan en virtud de controles concretos de constitucionalidad, mientras las sentencias manipulativas aditivas, sustitutivas, prospectivas y exhortativas se dictan generalmente en virtud de controles abstractos de constitucionalidad. En estas últimas, no se analiza la constitucionalidad de la aplicación de la norma a un caso concreto, sino que con prescindencia de ello, se contrasta directamente la norma con la Carta Fundamental para verificar su constitucionalidad. Aún cuando, por ejemplo, en una sentencia dictada para resolver una cuestión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se señalara que la norma sujeta a control es contraria a la Constitución con prescindencia del caso concreto en que se denuncia que producirá efectos contrarios a la Carta Fundamental, por un lado, dicha sentencia no tiene la aptitud para eliminar la norma del ordenamiento jurídico y, por otro, la operación llevada a cabo para llegar a la conclusión señalada es propia de un control abstracto de constitucionalidad.

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO.

1.-Análisis de Casos

En este capítulo realizaremos una descripción y análisis de las distintas sentencias emanadas de nuestra Magistratura Constitucional en aquellos casos en que ha debido pronunciarse sobre la constitucionalidad de preceptos legales cuyo acuse de inconstitucionalidad surge con motivo de omisiones legales inconstitucionales en que han incurrido nuestro legislador. En el referido análisis de casos atenderemos principalmente al tipo de omisión legislativa que se presenta (absoluta o relativa), a las normas constitucionales que se ven afectadas por la misma y a la tipología de la sentencia emanada de nuestra jurisdicción constitucional. Luego de este análisis de cada caso en particular, y en base al mismo, haremos un examen global del fenómeno de la omisión legislativa inconstitucional en Chile, las formas en que la misma tiende a presentarse, las garantías fundamentales que afecta en general y los criterios que ha adoptado el Tribunal Constitucional para hacer frente a este fenómeno.

1) Causa Rol 325-2001.

En esta causa el Tribunal Constitucional realiza un control preventivo de constitucionalidad del Decreto Supremo N°20 del Ministerio Secretaria General de la Presidencia, control en el que declara la constitucionalidad del mismo, en razón de las consideraciones y argumentación contenidas en el fallo, las cuales expondremos continuación, para luego proceder a analizar el mismo.

En Tribunal analiza la constitucionalidad del Decreto (emanado de la potestad reglamentaria de ejecución) teniendo a la vista la alegación del recurrente, quien afirma que los derechos conculcados, el derecho de propiedad y el de libertad ambulatoria, solo pueden ser regulados o limitados por la ley, como se desprende del art. 19, N° 7, letra a) y del N° 24, inc.2 del mismo artículo. Así, al derivar las restricciones sola y exclusivamente del decreto, existe una invasión a materias específicas de reserva legal, circunstancia que produce la vulneración de los referidos derechos fundamentales.²⁵²

En este orden de ideas el tribunal señala que corresponde analizar si los dos cuerpos legales, que se invocan como antecedente del decreto-Ley de Tránsito y Ley de bases del Medio Ambiente- y que, a la vez, se refieren reiteradamente el decreto, cumplen con los requisitos necesarios para poder limitar el ejercicio de derechos: a) Determinación: la norma legal debe señalar en forma concreta los derechos posiblemente afectados y b) Especificidad: señalar las medidas especiales que se pueden adoptar con tal finalidad²⁵³. En definitiva, para determinar la constitucionalidad del Decreto es necesario determinar si las normas legales que pretende singularizar cumplen con los requisitos de determinación y especificidad, de ello dependería su constitucionalidad²⁵⁴.

Del examen de las disposiciones legales invocadas por el Decreto el tribunal concluye que ellas no cumplen con los requisitos de especificidad y determinación, sin embargo, introduce en el análisis de constitucionalidad del decreto la consideración de otros mandatos constitucionales, lo cual hace

²⁵² **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**, Rol N° 325, considerando trigésimo noveno.

²⁵³ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**, Rol N° 325, considerando cuadragésimo.

²⁵⁴ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**, Rol N° 325, considerando cuadragésimo segundo.

variar la conclusión a que llega, como se observa en el considerando cuadragésimo sexto que transcribimos a continuación:

“Que, acorde a lo expresado, si bien las normas legales en que se funda el Decreto Supremo N°20 no cumplen a cabalidad con los requisitos de determinación de los derechos que podrán ser afectados y especificidad de las medidas que se autorizan para llevar a cabo tal objetivo que la Carta fundamental exige a fin de restringir o limitar los derechos comprometidos en el caso sub-lite, esta Magistratura ha llegado a la convicción que tales requisitos resultan aceptables en este caso y solo para aplicación de él. Ello, en consideración de que la medida de restricción vehicular, establecida con carácter excepcional y en situaciones de pre-emergencia y emergencia ambiental obedece al cumplimiento de un deber del Estado señalado en el inc. 1, del N°8, del artículo 19 de la Constitución y esta destinado a proteger el derecho más preciado de los asegurados por nuestro Código Político, cual es la vida humana y la integridad física y psíquica de las personas. Obrar de otra manera y declarar la inconstitucionalidad del decreto supremo N°20 podría generar una vulneración de mayor entidad de nuestra Carta Fundamental, al no permitir la ejecución de una restricción de derechos que, atendida la situación ambiental existente, resulta necesaria para proteger la salud de la población y, por ende, lograr el bien común, finalidad primordial del Estado, establecida en el artículo 1 de la Constitución.”

Por último, cabe destacar la exhortación que el tribunal realiza al legislador al señalar que, en razón de las consideraciones expresadas y a fin de cumplir con el mandatos constitucional relativo a la forma en que pueden restringirse y limitarse las garantías fundamentales, se insta a los poderes colegisladores, a llenar el vacío que se produjo en esta materia al declararse la

inconstitucionalidad del artículo 49²⁵⁵ del proyecto de la actual ley 19.300, artículo que regulaba precisamente esta materia²⁵⁶.

Lo primero que cabe destacar con relación a este fallo es que pese a existir una omisión legislativa absoluta que determinaría la inconstitucionalidad del Decreto objeto del requerimiento, el tribunal decide no declarar dicha inconstitucionalidad en razón de una ponderación de derechos fundamentales que considera las consecuencias que ocasionaría el fallo. El tribunal pondera los derechos de propiedad y de libertad de tránsito con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, derecho que vincula en forma directa al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, llegando a la conclusión de que la declaración de inconstitucionalidad, la derogación del Decreto, sería más perjudicial que su vigencia. En un sentido similar se pronuncia Dorn Garrido, quien señala: “El tribunal constitucional...si bien estimó que las normas legales citadas por el decreto, no cumplían a cabalidad con los requisitos de especificidad y determinación decidió rechazar los requerimientos de inconstitucionalidad, en aplicación del principio de proporcionalidad y entidad de los derechos fundamentales comprometidos con

²⁵⁵ Art. 49_”Se establecerán regulaciones especiales de carácter permanente para las emisiones, las que serán aplicadas cuando se pasen los niveles de contaminación que originan situaciones de emergencia en conformidad al artículo 32.

Estas regulaciones especiales tendrán por objeto que los índices de calidad ambiental, en el área afectada, recuperen su nivel de normalidad. Para ello, se establecerán emisiones totales máximas, que solo regirán durante el período necesario para lograr dicho objetivo.

Excepcionalmente, cuando resulte indispensable para recuperar los niveles de normalidad de los índices de calidad ambiental y exclusivamente por el período necesario para ello, dichas regulaciones podrán comprender restricciones totales o parciales al uso de vehículos motorizados contaminantes y prohibiciones totales o parciales de emisión a empresas, industrias, faenas o actividades que produzcan o puedan aumentar la contaminación ambiental. Las regulaciones especiales a que se refiere el inciso anterior, se establecerán por Decreto Supremo, que llevará las firmas del Secretario General de la Presidencia, del Ministro de Salud y de los demás ministros sectoriales correspondientes. Este decreto señalará las autoridades encargadas de su aplicación y fiscalización, y establecerá las obligaciones de medición y control que correspondan.

El procedimiento a seguir para la dictación de estas regulaciones especiales deberá ceñirse a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 32”

²⁵⁶ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**, Rol N° 325, considerando cuadragésimo séptimo.

la medida de restricción, los que a su juicio no pueden quedar comprometidos por la omisión legislativa absoluta causada por la inactividad de los Poderes Legislativo y Co-Legislator...”²⁵⁷.

El énfasis con que ha sido destacada la argumentación expuesta en el párrafo anterior obedece a que uno de los motivos por los que los tribunales constitucionales dictan sentencias atípicas es la consideración de los efectos de sus decisiones. En efecto, así ocurre en el caso en cuestión, el tribunal dicta una sentencia exhortativa, en la que recomienda a los legisladores dictar la normativa legal que solucione el vacío legal que determina la inconstitucionalidad, no declarada por la sentencia, del Decreto Supremo N° 20. Luz Bulnes coincide con nosotros en cuanto a la tipología de la sentencia, la referida autora señala, refiriéndose a la sentencia en análisis, “El Tribunal en otras sentencias ha seguido también el criterio de las advertencias al legislador sin que ello vincule al órgano legislativo para legislar en el sentido que se le ha indicado, como es el caso de la sentencia sobre restricción vehicular...”²⁵⁸. En el mismo sentido también se pronuncia Carlos Garrido Dorn²⁵⁹.

Por último, cabe hacer presente que a nuestro criterio, la sentencia del Tribunal Constitucional que ha sido objeto de análisis es, en cierta medida, contradictoria con el fallo citado en la misma sentencia²⁶⁰, en que se determina la inconstitucionalidad del artículo 49 de la Ley 19.300. Este fallo es citado por el tribunal porque la ausencia de esta norma determina que la normativa legal, que el decreto ejecuta, no cumpla con los requisitos necesarios para que se pueda ejercer, con respecto a la misma, la potestad reglamentaria de

²⁵⁷ DORN GARRIDO, Carlos. Ob. Cit. p. 341.

²⁵⁸ BULNES ALDUNATE, Luz. “La Inconstitucionalidad por Omisión”. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, año 4 N°1, 2006, p. 259.

²⁵⁹ DORN GARRIDO, Carlos. Ob. Cit. p. 341.

²⁶⁰ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**, Rol N° 185.

ejecución. La contradicción que a nuestro juicio se presenta consiste es que, mientras la sentencia que recae sobre el Decreto N°20 señala que, cumplidos por la ley los requisitos de determinación y especificidad, es constitucional la limitación de derechos fundamentales ejerciendo la potestad reglamentaria de ejecución, la sentencia que declara la inconstitucionalidad del art. 49 de la Ley N°19.300 se funda en que la potestad reglamentaría de ejecución, de la cual es expresión el decreto, no puede establecer limitaciones o restricciones al ejercicio de derechos fundamentales, sin señalar que ello sea posible aun cuando la ley que es ejecutada cumpla con los referidos requisitos de especificidad y determinación, como en efecto señala el tribunal en el considerando vigésimo segundo de esta sentencia:

“Que dicho precepto vulnera la Constitución en cuanto dispone que las regulaciones especiales que se establezcan conforme al artículo 32 del mismo proyecto, por decreto supremo y de acuerdo a un reglamento, “podrán comprender restricciones parciales o totales al uso de vehículos motorizados contaminantes y prohibiciones totales o parciales de emisión a empresas, industrias, faenas o actividades que produzcan o puedan incrementar la contaminación ambiental” (inciso tercero, artículo 49). Y la vulnera:

Porque según la constitución política en su artículo 19, N°8, inciso segundo, que dice: “La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”, ello es de reserva legal, es decir, es de competencia exclusiva y excluyente del legislador el establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.”²⁶¹

²⁶¹ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**, Rol N° 437, considerando vigésimo.

2) Causa Rol 349 -2002

En Abril del año 2002 en el marco del control preventivo obligatorio establecido en el primitivo artículo 82 N°1 de la Constitución, actual artículo 93 N°1, la Cámara de Diputados le encomienda al Tribunal Constitucional el examen de constitucionalidad del proyecto de ley sobre normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal.

Con el objeto de comprobar la constitucionalidad del proyecto que significaba la completa modificación del sistema procesal penal, pasando de un sistema de corte inquisitivo a uno de carácter acusatorio, la Magistratura Constitucional identificó dos omisiones legislativas referidas a la modificación del Código Tributario que dicho proyecto proponía.

La primera consistía en la autorización al Director de Servicio de Impuestos Internos para que éste, en el uso de sus facultades investigativas, pudiera llevar a cabo medidas intrusivas a los derechos de los contribuyentes, mientras que la segunda hacía referencia una incompatibilidad que se produciría en la misma investigación, al confundirse las atribuciones del Servicio de Impuestos Internos con las propias y exclusivas del Ministerio Público otorgadas constitucionalmente.

El Tribunal Constitucional adoptó distintas soluciones para cada una de las situaciones descritas, estimado a la primera de estas derechamente inconstitucional, mientras que respecto a la segunda realizó una interpretación armónica y acorde con el ordenamiento, generando de esta forma una sentencia en donde podemos encontrar distintos tipos de soluciones, tal como lo señalaremos a continuación:

La primera situación consistía en la modificación al artículo 62 del Código Tributario que disponía: “El director con autorización del juez de letras en lo civil de turno del domicilio del contribuyente, podrá disponer el examen de las cuentas corrientes, cuando el Servicio se encuentre efectuando la recopilación de antecedentes a que se refiere el artículo 161 N° 10 de este código. El juez resolverá con el solo mérito de los antecedentes que acompañe el Servicio en su presentación”

La modificación planteada por el legislador en éste caso, atentaría contra la garantía del debido proceso, específicamente al no respetar el principio de bilateralidad de la audiencia. Esto es porque el Juez de Letras en lo Civil al autorizar al Servicio de Impuestos Internos para que en su actividad fiscalizadora disponga del examen de cuentas corrientes del contribuyente, sin el conocimiento de éste, priva al ciudadano de la posibilidad de conocer la existencia de un procedimiento llevado en su contra, así también de la posibilidad de ser oído y ejercer su derecho constitucional. De esta manera, su aceptación significaba una excepción al principio de bilateralidad de la audiencia.

Si bien no existe en nuestra legislación norma expresa que consagre la igualdad procesal de las partes ni su derivado consustancial, la aplicación del principio constitucional de igualdad establecido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política se reduce generalmente a la bilateralidad de la audiencia, la que como señala Couture se resume en el precepto *auditur altera pars*, es decir: óigase a la otra parte.²⁶²

No obstante lo anterior, en su sentencia el Tribunal Constitucional reconoce que en ciertas ocasiones el ordenamiento permite la aplicación de la

²⁶² BENÍTEZ RAMIRÉZ, Eugenio. “Principios procesales relativos a las partes” Revista Chilena de Derecho, vol. 34 N° 3, Santiago de Chile, 2007, p. 592.

unilateralidad de la audiencia, pero señala que en el caso que esto ocurra se requiere de un especial análisis.

36°. Que, la facultad otorgada en la disposición que se plantea, se inscribe dentro de las potestades administrativas del Servicio, la que queda sometida al control jurisdiccional previo que allí se señala. El procedimiento que se contempla para realizar este control, no hace necesario oír a quien pueda ser afectado por la decisión, ni tampoco notificarlo de la resolución judicial correspondiente. Se acepta, en consecuencia, la aplicación irrestricta, en este caso, de la unilateralidad de la audiencia, lo que debe ser objeto de particular examen, toda vez que la norma establece una excepción al criterio general del secreto de la cuenta corriente bancaria;

De esta manera, se desprende que el criterio estimado por el Tribunal tiende a acoger su aplicación sólo cuando existe una situación que así lo amerita: *se explican por la urgente necesidad de adoptar prontamente providencias cuya dilación podría acarrear graves consecuencias,*²⁶³ en el caso en análisis desestima dicha necesidad e importancia *“toda vez que los registros y antecedentes de una cuenta corriente bancaria se mantienen en el tiempo, bajo custodia y responsabilidad de un tercero que es, a su vez, fiscalizado por la autoridad”*²⁶⁴;

Además el Tribunal estimo que el referido precepto impediría al afectado por la investigación impugnar la decisión judicial en caso de que esta sea favorable al Servicio de Impuestos Internos, al carecer de un recurso procesal eficaz que impidiera la vulneración al secreto bancario provocado por la investigación en

²⁶³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 349, considerando trigésimo séptimo.

²⁶⁴ *Ibidem*.

cuestión, negándose la facultad de enervar la decisión del juez de letras, dejando en una posición de indefensión al contribuyente.²⁶⁵

Así, por los argumentos esgrimidos, el Tribunal estimó que el precepto en cuestión era inconstitucional, por vulnerar el artículo 19 N° 3 de la Constitución tal como lo indica el considerando 39 de la citada sentencia.

39°. Que, de esta manera, en esta situación concreta, al no aplicarse el principio de la bilateralidad de la audiencia ni concederse recurso alguno en los términos previamente señalados en contra de la resolución antes indicada, se opta por un procedimiento que no resulta ni racional ni justo, lo que entra en colisión con el derecho establecido en el No 3, inciso quinto, del artículo 19 de la Constitución Política, lo que llevará a esta Magistratura a declarar la inconstitucionalidad del precepto.

De esta manera, el control preventivo realizado por la jurisdicción constitucional sobre el precepto en cuestión resultó estimatorio acerca de la inconstitucionalidad que éste significaba. Así quedó de manifiesto, tal como lo señala Dorn Garrido, que “existía una intención por parte del legislador de afectar la garantía de la cuenta corriente bancaria, establecida en el numeral 5° del artículo 19 de la Constitución, mediante un procedimiento que establecía la regla excepcional de unilateralidad de la audiencia, situación que se usa excepcionalmente en el derecho nacional y que en el caso en cuestión no era en necesaria ni hacia justificable excepcionar la expresión básica del debido proceso: El derecho a ser oído”²⁶⁶

Esta situación se ve agravada por la falta que significaba la norma respecto del reconocimiento expreso de los medios de impugnación procesal necesarios

²⁶⁵ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**, Rol 349, considerando trigésimo octavo.

²⁶⁶ DORN GARRIDO, Carlos. Ob. Cit. pp. 348.

para asegurar al afectado por la investigación, la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, tal como lo establece el artículo 19 N° 3 inciso 1°.

Esta última situación se enmarca en lo que doctrinariamente se entiende como una omisión legislativa relativa. Tal como se señaló en el primer capítulo de esta tesis al estudiar la clasificación de las omisiones, al referirse a las relativas, son aquellas que se generan cuando un acto positivo del legislador, no es completo y provoca una inconstitucionalidad cuando éste implique una restricción o infrinjan el principio de igualdad tal como ocurre en el caso en estudio.

El segundo aspecto relevante para el objeto de este trabajo es la modificación contemplada en el artículo 43 del proyecto remitido (que modificaba el artículo 161 del Código Tributario) que señalaba:

“Modifícase el numeral 10°, del siguiente modo: Reemplázase el primer párrafo por el siguiente: “10°.- No se aplicará el procedimiento de este Párrafo tratándose de infracciones que este Código sanciona con multa y pena corporal. En estos casos corresponderá al Servicio recopilar los antecedentes que habrán de servir de fundamento a la decisión del Director a que se refiere el artículo 162, inciso tercero.”²⁶⁷

Dicha modificación implicaba atribuir potestades al Servicio de Impuestos Internos para que éste desarrollara diligencias investigativas como la recopilación de antecedentes, pudiendo de esta manera ordenar la incautación de documentos y allanamientos, entre otras medidas intrusivas de derechos, no estableciendo límites expreso al ejercicio de tales atribuciones.

²⁶⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 349-2002.

Es por ello que el Tribunal Constitucional se hace cargo de esta omisión legislativa parcial dictando una sentencia interpretativa de marcada impronta normativa, puesto que procedió a limitar las facultades conferidas por el Legislador al Servicio de Impuestos Internos en la ejecución de su labor investigativa para así dar cumplimiento a la exigencia constitucional prevista en el artículo 80^a de la Constitución²⁶⁸, actual artículo 83, tal como se desprende de la sentencia de la Magistratura en los términos interpretativos que se indican a continuación:

“Que, siguiendo el principio tantas veces aplicado por este Tribunal ‘de interpretación de conformidad a la Constitución’, y a fin de precaver una eventual contradicción entre el nuevo numeral 10 del transcrito artículo 161 y el artículo 80 A de la Carta Fundamental, esta Magistratura aprueba la modificación a aquel precepto, en el entendido de que la ‘recopilación de antecedentes’ a que él se refiere no importa ni puede constituir una investigación de aquellas que se mencionan en el citado artículo 80 A y, por ende, que si en el transcurso de esa recopilación el Servicio verifica que existen motivos suficientes para iniciar una investigación por la posible comisión de un hecho que revista caracteres de delito que corresponda sancionar con multa y pena corporal, deberá abstenerse de continuar en dicha actuación.” (Considerando 34^o) (el subrayado es nuestro)

El control realizado por el Tribunal permitió establecer claros límites entre las potestades del Servicio de Impuestos Internos para realizar investigaciones necesarias para ejercer su función propia, esto es fiscalizar y proveer servicios orientados a la correcta aplicación de los impuestos internos y las prerrogativas constitucionalmente otorgadas al Ministerio Público, específicamente respecto de aquellas establecidas en el actual artículo 83 de la Constitución, donde se

²⁶⁸ DORN GARRIDO, Carlos. Ob. Cit. pp. 349.

establece la facultad del Ministerio Público para dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito. Interpretando armónicamente que si el Servicio de Impuestos Internos en el ejercicio de su actividad fiscalizadora descubre antecedentes que constituyan motivos suficientes para iniciar una persecución penal por delitos que cumplan con los requisitos señalados, deberá abstenerse de perseverar en su investigación.

3) Causa Rol 389-2003

El Tribunal Constitucional, ejerciendo el control preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley que crea la Unidad de Análisis Financiero, dictó sentencia de término en que declaro la inconstitucionalidad de diversas disposiciones de este proyecto. Entre las disposiciones declaradas contrarias a nuestra Constitución interesa analizar los fundamentos²⁶⁹ que tuvo a la vista el tribunal para declarar la inconstitucionalidad del art. 8 del referido proyecto de ley, artículo que transcribimos a continuación.

Art.8_“Sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pudiera corresponderles, las personas naturales y jurídicas señaladas en el inciso primero del artículo 3° que no cumplan con el deber de informar contemplado en ese artículo, o lo hagan contraviniendo lo instruido por la Unidad para tal efecto, y aquellas que infrinjan las obligaciones establecidas en los artículos 4° y 5° de esta ley, serán sancionadas por el Director de la Unidad con alguna de las siguientes sanciones:

- 1. Amonestación;*
- 2. Multa a beneficio fiscal hasta por el monto de 5.000 unidades de fomento, que podrá aumentar hasta tres veces en caso de reiteración.*

²⁶⁹ Los fundamentos que el Tribunal Constitucional tuvo a la vista para declarar la inconstitucionalidad de la norma objeto de control se encuentran principalmente en los considerando trigésimo tercero a trigésimo sexto de la sentencia objeto de análisis.

Para la determinación del monto de la multa se considerarán, entre otras circunstancias, la gravedad y las consecuencias del hecho u omisión y la capacidad económica del infractor. En el caso de que la infracción haya sido cometida por una persona jurídica, la multa podrá ser impuesta a ella, a sus directores, administradores y a toda persona que haya participado en el acto u omisión respectivo. Las multas deberán ser pagadas dentro del plazo de diez días, contado desde que se notifique la resolución respectiva.

La persona sancionada podrá deducir recurso de reposición ante la misma autoridad, dentro del plazo de cinco días. En contra de la resolución que deniegue la reposición, podrá reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva dentro del plazo de diez días, contado desde que se le notifique la nueva resolución. La Corte dará traslado por seis días a la Unidad y, evacuado dicho trámite o acusada la respectiva rebeldía, dictará sentencia en el término de treinta días sin ulterior recurso. Estos plazos de días se entenderán de días hábiles.

La Unidad de Análisis Financiero comunicará la aplicación de estas sanciones a los organismos que fiscalicen a las entidades infractoras, si los hubiera.”;

Según el tribunal, el vicio de inconstitucionalidad radica en que del examen de las disposiciones recién transcritas se concluye que estas no contemplan un procedimiento que permita al sujeto objeto de la sanción una adecuada defensa de sus derechos, en sede administrativa, en forma previa a la imposición de alguna de las sanciones. En definitiva, el vicio consiste en que antes de la imposición de la sanción el sujeto carece del derecho a defensa jurídica. En razón de lo anterior, el legislador, al dictar la norma en cuestión, omite el cumplimiento de la obligación que le impone el numeral tercero, del art.

19 en sus dos primeros incisos, privando de eficacia a estas normas, particularmente en la parte en que el inciso 2 señala “Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale...”, así, la norma legal cuestionada entra en clara contradicción con las citadas normas constitucionales²⁷⁰.

Reforzando su argumentación, el tribunal señala que no obsta a la inconstitucionalidad en razón del vicio señalado el hecho de que el afectado puede interponer recurso de reposición ante el Director de la Unidad y recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones, no es posible entender que por esta circunstancia se ha convalidado una situación administrativa constitucionalmente objetable (el hecho de que el afectado, antes de la imposición de la sanción, carece de defensa jurídica). “Este derecho a defenderse debe poder ejercerse, en plenitud, en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolla el procedimiento, a través de los cuales se pueden ir consolidando situaciones jurídicas muchas veces irreversibles²⁷¹”

En resumen, la omisión legislativa inconstitucional radica en el incumplimiento del deber impuesto por las disposiciones constitucionales citadas, en concreto, la falta de consagración de un procedimiento que permita una adecuada defensa jurídica con anterioridad a la imposición de la sanción, circunstancia que atenta contra el aseguramiento de los derechos por la vía de la consagración normativa del principio del debido proceso (garantía genérica

²⁷⁰ Carlos Dorn Garrido, al reproducir la argumentación del tribunal, la explica en términos similares “El Tribunal Constitucional..., declaro la inconstitucionalidad del precepto que concedía a la Unidad en cuestión potestad para imponer sanciones a las personas naturales o jurídicas que no cumplieran con el deber de informar los movimientos de capitales sospechosos, atendido que no se contemplaba en la norma procedimiento alguno que permitiera al afectado una adecuada defensa de sus derechos, en sede administrativa, en forma previa a la imposición de alguna de las sanciones previstas en el artículo 8° referido,...”. DORN GARRIDO, Carlos; “La Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa en el Derecho Chileno”; Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, año 2010, p. 343.

²⁷¹ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**, Rol N° 389, considerando trigésimo sexto.

que contempla garantías específicas entre las cuales se encuentra la existencia de un procedimiento previo a la imposición de una sanción).

En cuanto a las características del artículo en análisis: (1) estamos en presencia de una omisión relativa, la norma legal se dicta; pero ella, en cuanto omite determinados contenidos o previsiones obligatorios, no satisface plenamente las exigencias constitucionales impuestas al legislador, en concreto, el artículo 8 posibilita la aplicación de sanciones sin establecer un procedimiento previo para su aplicación, circunstancia que importa el incumplimiento del mandato contenido en el art. 19, N°3, inc. 2 de la Constitución, en virtud del cual, el establecimiento de una sanción debe tener como corolario necesario la consagración de un procedimiento previo a su aplicación, y cuya ausencia imposibilita el aseguramiento de la defensa jurídica del sujeto; (2) Se trata de una omisión que afecta derechos fundamentales, el derecho a la defensa jurídica en este caso, como señala el propio tribunal “ello puede traer como consecuencia el lesionar los derechos comprometidos, circunstancia que pugna con las garantías que, en los incisos primero y segundo del numeral tercero del art. 19, la Carta Fundamental consagra para resguardarlos.”²⁷².

En cuanto a la tipología de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, se trata de una sentencia interpretativa²⁷³, la cual se enmarca dentro de la tercera hipótesis que señalamos en cuanto a las formas que deben adoptar las sentencias, si el tribunal detecta que todas las posibles interpretaciones de la norma son incompatibles con la Constitución, debe declarar la inconstitucionalidad de la misma. El tribunal, buscando una posible interpretación que se conforme con la Carta Fundamental, analiza si los

²⁷² **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**, Rol N° 389, considerando trigésimo cuarto.

²⁷³ DORN GARRIDO, Carlos. Ob. Cit. p.343.

recursos que contempla la norma para reclamar de la sanción permiten una adecuada defensa jurídica del sujeto pasivo, sin embargo concluye que:

“No obsta a lo anteriormente expuesto, el que el propio art. 8, en su inciso tercero, señale que el afectado puede deducir recurso de reposición ante el Director de la Unidad y que, en caso que dicho recurso sea denegado, tiene la facultad de reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Ello no altera la inconstitucionalidad de las normas en estudio, en atención a que no subsana el hecho de que antes de la imposición de la sanción por la autoridad administrativa, el afectado carece del derecho a defensa jurídica que el art. 19, N°3, inc. 2, en armonía con el inciso primero de dicho art., le reconocen.

Este derecho a defenderse debe poder ejercerse, en plenitud, en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolla el procedimiento...”²⁷⁴.

4) Causa Rol 437-2005.

En esta causa el Tribunal Constitucional conociendo, en control preventivo de constitucionalidad, del proyecto de Ley que modifica la Ley General de Urbanismo y Construcciones, declara la inconstitucionalidad de ciertos preceptos sujetos a control. Sin embargo, para los efectos de este trabajo, solo interesa la declaración de inconstitucionalidad del N°5 del artículo único del referido proyecto de ley, por ser la única declaración de inconstitucionalidad que guarda relación con la omisión legislativa inconstitucional. El referido artículo, que pretende reemplazar el art. 166bis de la Ley General de Urbanismo y Construcciones prescribe:

²⁷⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 389, considerando trigésimo sexto.

“El reglamento que se dicte para el registro a que se refiere el inciso primero establecerá los requisitos de inscripción, las causales de inhabilidad, de incompatibilidad, y de amonestación, suspensión y eliminación del registro por incumplimiento de sus obligaciones.”

En lo relativo al N°5 del artículo único los requirentes plantean que se entrega al arbitrio del poder reglamentario del Presidente de la República la regulación del poder sancionatorio administrativo, delegación que vulnera el art. 19, N°3 de la Constitución, dado que conforme a dicha norma y al N°26 del mismo artículo, esta facultad es indelegable.

El Tribunal Constitucional acoge el requerimiento declarando la inconstitucionalidad de la norma, declaración en que amplía notablemente la fundamentación de los requirentes conforme al modo en que señala que deben interpretarse las disposiciones contenidas en el art. 19, N°3 de la Carta Fundamental, el cual se explica a continuación. El tribunal sostiene que en coherencia con el significado del art. 5, inc. 2 que impone a los órganos del Estado la obligación de proteger y promover las garantías fundamentales, la interpretación de las disposiciones previstas en el artículo 19 N°3 debe realizarse con el objeto de dar la mayor eficacia al derecho asegurado por el constituyente en esa norma, para así cumplir con el mandato constitucional²⁷⁵. Por tanto, conforme a la regla de interpretación descrita, el tribunal sostiene que el art. 19 N°3 debe ser entendido y aplicado con el significado más amplio que sea legítimo y racional²⁷⁶, ello en relación tanto a las garantías de fondo como a las procedimentales²⁷⁷.

²⁷⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 437, considerando décimo quinto.

²⁷⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 437, considerando décimo sexto.

²⁷⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 437, considerando décimo cuarto.

De lo razonado conforme a la regla de interpretación descrita, nuestra magistratura concluye que los principios consagrados en el artículo 19, N°3, interpretados en el sentido amplio ya señalado, se aplican al “fondo o sustancia de toda diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado tratándose de actuaciones judiciales, jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea, o pueda ser, afectado el principio de legalidad contemplado en la Constitución, o los derechos asegurados en el artículo 19, N°3 de ella, comenzando por la protección de la ley en el ejercicio de los atributos fundamentales”. El tribunal señala que dichos principios rigen además lo relativo al justo y racional procedimiento, cualquiera sea el procedimiento de que se trate, comprendiendo los de naturaleza administrativa, en particular cuando se ejerce la potestad sancionadora. Como se ve, el legislador es convocado por el constituyente para reglamentar el procedimiento en plenitud, tanto los aspectos sustantivos como procesales asegurados en el art. 19, N°3²⁷⁸. Resaltamos el alcance que otorga el tribunal a la garantía, dado que en base al mismo realiza el control de constitucionalidad de la norma acusada, condicionando dicho alcance las conclusiones a que llega.

El Tribunal Constitucional, luego de determinar el alcance de la garantía, realiza el examen de constitucionalidad de la norma acusada, determinando sus características matrices en el considerando vigésimo segundo:

“1) La remisión que el proyecto de ley hace, sin reserva alguna, al reglamento de ejecución para los efectos de establecer, es decir, ordenar o mandar en cuanto a los requisitos, sanciones o causal genérica de incumplimiento que autoriza imponerlas,

²⁷⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 437, considerando décimo séptimo.

- 2) *La omisión de toda norma regulatoria del proceso y procedimiento a través del cual pueden ser impuestas esas sanciones, contemplando la defensa de rigor,*
- 3) *El silencio en relación con cual es el órgano administrativo competente para dar por establecidos los hechos configurativos de la infracción o sanción administrativa,*
- 4) *La amplitud de la causal, única y genérica, que permite, en definitiva, punir administrativamente a quienes se repute haber incurrido en incumplimiento de las obligaciones vinculadas al registro habilitante respectivo,*
- 5) *La remisión al reglamento de ejecución como fuente, exclusiva y excluyente, de las situaciones concretas que configuran tal incumplimiento.”*

Conforme a las conclusiones a que llega el tribunal, señaladas en el párrafo anterior, declara la inconstitucionalidad de la norma cuestionada por contener ella una remisión a la potestad reglamentaria de ejecución sin que la ley haya regulado, en términos sustantiva y adjetivamente suficientes, las materias contenidas en el art. 19, N°3, es en razón de estas omisiones, que impiden la delegación que efectúa la norma cuestionada, que la misma es inconstitucional.²⁷⁹

Lo primero que cabe destacar de la sentencia en análisis es la forma amplia en que interpreta la garantía constitucional de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, es en virtud de dicha interpretación, que tiene por objeto dar la mayor eficacia posible a los derechos fundamentales, que el tribunal entiende comprendidos en la garantía los aspectos sustantivos y procedimentales, extiende la garantía de dichos aspectos a los procesos y órganos administrativos, entendiendo además, que también respecto de ellos - los procesos y órganos administrativos- el legislador se encuentra en la

²⁷⁹ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**, Rol N° 437, considerando vigésimo tercero.

obligación de regular las garantías contenidas en el artículo 19, N°3 en plenitud. La importancia de este tipo de interpretación radica en la expansión del contenido de la garantía constitucional en aras de su eficacia, permitiendo esto, un mayor desarrollo de la misma que se traduce en mandatos concretos al legislador, asunto íntimamente relacionado a las omisiones legislativas inconstitucionales, como se ve en la propia sentencia, donde el tribunal constata diversas omisiones inconstitucionales del legislador que provocan la inconstitucionalidad del N°5 del artículo 1.

En cuanto al fundamento de la declaración de inconstitucionalidad por omisión legislativa de la norma cuestionada, este radica, como señala Verdugo Ramírez, en que el fallo constata la existencia de remisiones que el proyecto de ley realiza a reglamentos, omitiendo toda norma reguladora del procedimiento a través del cual pueden ser impuestas las sanciones, materias que están reservadas a la ley²⁸⁰, las cuales no pueden ser reguladas en su totalidad por un reglamento. Ahora, si bien coincidimos con este autor, en cuanto a que la inconstitucionalidad es producto de la delegación que la ley realiza al reglamento de materias cuya regulación está reservada a la ley, disentimos en cuanto a que la inconstitucionalidad sea producto solo de la omisión de toda norma relativa al procedimiento destinado a aplicar la sanción. Conforme a la interpretación amplia de la garantía realizada por el Tribunal Constitucional, la norma infringe diversos mandatos dirigidos al legislador relativos a materias que son de reserva legal, por ejemplo el principio de tipicidad que, como señala el tribunal, también opera cuando se trata de la potestad administrativa sancionatoria, tanto así que, aún cuando el legislador hubiere reglado el procedimiento, la norma continuaría siendo inconstitucional.

²⁸⁰ VERDUGO Ramírez, Sergio. Ob. Cit. p. 388.

Finalmente, en cuanto a la tipología de la sentencia, se trata de una sentencia estimatoria y lo más destacable de la misma es que en ella se constatan, tanto omisiones legales inconstitucionales absolutas como relativas. Entre las omisiones legales inconstitucionales relativas contenidas en la sentencia aparece aquella referida a la infracción del principio de tipicidad, el N°5 del artículo único del proyecto de ley solo establece en forma genérica la conducta que autoriza a imponer las sanciones, “el incumplimiento de las obligaciones vinculadas al registro habilitante respectivo” y, conforme al principio de tipicidad, es la ley la que debe definir en forma acabada la conducta que constituye la causa de la sanción, sin poder considerarse como una descripción acabada del comportamiento la simple referencia a dicho “incumplimiento” (considerando vigésimo segundo, puntos 1,4 y 5). Entre las omisiones legales inconstitucionales absolutas se encuentra aquella señalada en el número 2 del considerando vigésimo segundo “La omisión de toda norma regulatoria del proceso y procedimiento a través del cual pueden ser impuestas aquellas sanciones, contemplando la defensa de rigor”.

5) Causa Rol 558-2006.

En esta causa el Tribunal Constitucional ejerciendo un control represivo difuso de constitucionalidad respecto del art. 416, inc. 3° del Código Procesal Penal (en adelante CPP) dicta sentencia de término declarando la constitucionalidad del mismo, la cual analizaremos a continuación. La referida norma prescribe:

“Si se tratare de un delito de acción privada, el querellante deberá ocurrir ante la Corte de Apelaciones solicitando igual declaración, antes de que se admitiere a tramitación su querrela por el Juez de Garantía.”

Las acciones de inconstitucionalidad se fundamentan (el tribunal acumuló los autos) en que el art. 416, inc. final del CPP infringiría las garantías constitucionales del debido proceso en su dimensión adjetiva, en cuanto éste exige que la ley regule los procedimientos judiciales y, en su dimensión sustantiva, que exige un proceso justo, es decir, “que cautele de forma adecuada la defensa, el derecho a la prueba, la fundamentación de las sentencias y la impugnabilidad de las mismas”²⁸¹, por lo que la referida norma infringe las garantías fundamentales del debido proceso, la tutela judicial efectiva y la igualdad ante la ley, consagradas en la Constitución, en el artículo 19, números 2 y 3.

A continuación reproduciremos la fundamentación de la sentencia de término que rechaza la acción de inconstitucionalidad para posteriormente analizarla. El tribunal señala que, en efecto, el precepto legal acusado de inconstitucionalidad “carece en su texto de una regulación precisa de la tramitación de la solicitud de desafuero ante el tribunal de alzada, omisión que ha sido el antecedente para que las partes no hayan rendido prueba de sus pretensiones o defensas en esa instancia.”²⁸² Sin embargo, pese a reconocer que se provoca un vacío legal con la referida omisión, señala que este puede ser integrado con otros elementos del ordenamiento jurídico, posibilitando de esta manera una exegesis de la norma compatible con los incisos 2 y 3 del numeral tercero del art. 19 de la Carta Fundamental.

La interpretación integradora del tribunal -contenida en el considerando décimo tercero del fallo- parte de la constatación de que la solicitud de desafuero, en la práctica, se tramita una en audiencia que se sujeta a las reglas generales de la vista de los recursos establecidas en el Título I del Libro III del CPP, destacando que la prueba en los recursos se regula expresamente en el

²⁸¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 389, p. 2.

²⁸² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 558; considerando duodécimo.

art. 359, a propósito del recurso de nulidad, facultándose a su producción sobre las circunstancias que constituyen la causal que se invoca, por tanto, en la tramitación de la solicitud de desafuero de un parlamentario también es posible rendir prueba. Luego se refiere al art. 361 que prescribe “Aplicación supletoria. Los recursos se regirán por las normas de éste libro. Supletoriamente, serán aplicables las reglas del título III del Libro II de este Código”. El tribunal enfatiza la aplicación supletoria de las normas del juicio oral dado que con ellas se refuerza la posibilidad de rendir prueba en la tramitación de la solicitud de desafuero, ello en atención a que los artículos 295 y 296 del CPP regulan la posibilidad de rendir prueba, la libertad probatoria y la oportunidad en que debe producirse. Con el mismo objeto destaca el art. 52 del CPP, en virtud del cual, son aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opongan a lo regulado en él CPP y en leyes especiales, las normas comunes a todo procedimiento contempladas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil (CPC), la importancia de esta remisión normativa para el examen de constitucionalidad radica en que en las normas del CPC a que se refiere el art. 52 del CPP, también se regula la rendición de pruebas, con lo que refuerza aún más la posibilidad de rendir prueba en la tramitación de la solicitud de desafuero de un parlamentario.

En base a la argumentación descrita en el párrafo anterior el tribunal concluye que el art. 416, inc. 3 del CPP es constitucional. Dicha conclusión se encuentra en el considerando décimo cuarto en el que se señala: “...en mérito de lo razonado precedentemente, es dable concluir, que el procedimiento relativo a personas que gozan de fuero constitucional, tratándose de delitos de acción privada, admite la recepción de pruebas, cuando procede, y, por tanto, el precepto del artículo 416, inciso tercero del Código Procesal Penal permite ser interpretado en una forma que lo compatibiliza con las garantías de un

procedimiento e investigación racionales y justos que asegura la constitución política”.

Analizando esta sentencia, Verdugo Ramírez señala que, a su parecer, “el TC optó por el camino correcto al rechazar la inconstitucionalidad con efectos generales, ya que ello lo fundamenta en la posibilidad de los tribunales ordinarios de integrar la laguna legal para suplir la omisión del legislador en los casos concretos.”²⁸³ Analizando la tipología de la sentencia, nosotros estimamos que se trata de una sentencia manipulativa desestimatoria o interpretativa desestimatoria –sin perjuicio de que también posee ciertas características de otro tipo de sentencias que analizaremos más adelante. Como señalamos, este tipo de sentencias son aquellas que declaran constitucional cierta interpretación del precepto, rechazando su acuse de inconstitucionalidad, estas sentencias dejan abierta la posibilidad de declarar inconstitucional otra interpretación de la norma (en el supuesto en que se deduzca una acción de inaplicabilidad) y también de efectuar otras interpretaciones que se conformen con la Carta Suprema. Como pudimos observar, al describir la argumentación del tribunal, este reconoce que el precepto cuestionado “carece en su texto de una regulación precisa de la tramitación de la solicitud de desafuero ante el Tribunal de Alzada...”, el vacío legal que reconoce el tribunal se produce al interpretar el art. 416, inc. 3° del CPP por sí solo, el texto del precepto no permite lograr una interpretación conforme a la Constitución, sin embargo, y en esto radica la importancia de la sentencia, esta conclusión varía si se realiza una interpretación sistemática que considera otras normas de nuestro ordenamiento jurídico, que es precisamente lo que hace el tribunal. Éste legitima lo que en la práctica han hecho los tribunales para solucionar este problema (previo al acogimiento de los recursos

²⁸³ VERDUGO RAMÍREZ, Sergio. “Inconstitucionalidad por omisión del legislador”. Revista Actualidad Jurídica N°19, Tomo I, Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho, 2009. p. 387.

de inaplicabilidad relativos a la norma acusada), el recurso a las reglas generales de tramitación de los recursos contenidas en el CPP que contemplan la posibilidad de rendir prueba, y refuerza esta posibilidad en base a las reglas supletorias de la tramitación referida, a saber, las reglas del juicio oral y las disposiciones comunes a todo procedimiento, salvando de esta manera una omisión legislativa relativa, fijando una forma de interpretación y aplicación del art. 416 inc. 3 del CPP que permite que el mismo esté en armonía con el art. 19, N°3 de la Constitución, expresando la jurisdicción constitucional su compromiso con la protección de la eficacia de los textos legales, asunto sobre el que ahondaremos más adelante. Así, estamos de acuerdo con Dorn Garrido cuando señala:

“La importancia de este pronunciamiento radica en el hecho que el tribunal constitucional reacciona a la jurisprudencia sentada en los Tribunales de Alzada con motivo de las acciones de inaplicabilidades previamente acogidas (478, 529 y 533), en virtud de las cuales las Corte de Apelaciones habían entendido que declarada inaplicable la norma legal de marras, entonces, quedaban impedidos de proseguir con la tramitación judicial y ordenaban el archivo de la causa generando una verdadera denegación de justicia para el querellante. Es por ello que, el Tribunal Constitucional a partir de fallo desestimatorio de la acción pública de inconstitucionalidad... indicando los parámetros conforme a los cuales los jueces del fondo deben llevar a cabo la integración de la omisión legislativa, por así exigirlo el principio de inexcusabilidad.”²⁸⁴

Cabe destacar que, sin perjuicio de la correcta fundamentación del fallo, la cual ya ha sido expuesta, en otros considerandos de la sentencia, el Tribunal Constitucional discurre sobre otras razones que al parecer motivaron la

²⁸⁴ DORN GARRIDO, Carlos. Ob. Cit. p. 346.

decisión del asunto, razones que se condicen con ciertas motivaciones que determinan el pronunciamiento de las sentencias atípicas, como señalamos en el apartado relativo a dichas sentencias.

Por un lado, aparece como motivación de la sentencia el principio de presunción de constitucionalidad de los actos legislativos, principio que busca, en la medida que sea posible, conservar el valor de las leyes, contribuyendo de esta manera a la seguridad jurídica (considerandos sexto y séptimo). En este sentido, el Tribunal Constitucional señala, haciendo referencia a un fallo anterior²⁸⁵, que en virtud del respeto que el Tribunal Constitucional debe al legislador, aquel se encuentra obligado, al controlar la constitucionalidad de las leyes, a buscar primero alguna interpretación del precepto acusado de inconstitucionalidad que sea compatible con la Carta Fundamental, procediendo, solo en el caso de que ello no sea posible, a la declaración de inconstitucionalidad de la norma²⁸⁶.

Por otro lado, el tribunal, en los considerandos décimo noveno a vigésimo cuarto, hace referencia a los efectos prácticos que se seguirían de la declaración de inconstitucionalidad del precepto y que el tribunal debe tomar en cuenta al momento de fallar. Refiriéndose a esto en términos generales señala que la expulsión de un precepto legal es consecuencia de su ruptura con el ordenamiento constitucional, expulsión que tiene por objeto restablecer el ordenamiento constitucional en plenitud, finalidad que no se alcanza si la eliminación del precepto origina consecuencias más nocivas que su supervivencia, caso en el cual no resulta conveniente su anulación para el interés público y la plena vigencia del Estado de Derecho²⁸⁷. Luego, refiriéndose al caso concreto, el tribunal señala que el desafuero es una

²⁸⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 681, considerando octavo.

²⁸⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 558, considerando sexto.

²⁸⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 558, considerando décimo noveno.

garantía procesal que protege al parlamentario pero que, sin embargo, no puede importar su inviolabilidad penal²⁸⁸. Consideración que expresa en razón de que la derogación del art. 416, inc. 3° del CPP originaría un vacío legal en virtud del cual corresponde la aplicación directa del art. 61, inc. 2 de la Constitución²⁸⁹, aplicación que podría arriesgar la vigencia efectiva del mandato contenido en dicho artículo, que impone la actuación judicial previa como requisito de procesabilidad de un parlamentario imputado de un delito de acción privada. Ello en razón de que, atendida la interpretación que le han dado los tribunales a esta circunstancia en los casos en que se ha declarado la inaplicabilidad, la derogación de la norma podría importar la privación del derecho a acción de la víctima de un delito de acción privada cometido por un parlamentario, como ha ocurrido en los referidos procesos de desafuero en que se ha declarado la inaplicabilidad de la norma²⁹⁰.

La referencia a la consideración por parte del tribunal del principio de presunción de constitucionalidad de los actos legislativos y de los efectos prácticos que podría producir la declaración de inconstitucionalidad como circunstancias que también motivaron el pronunciamiento desestimatorio, se hace con el objeto de destacar, sin perjuicio de la corrección del fallo interpretativo desestimatorio, que aparentemente la solución a que llega el tribunal no es para él mismo la más satisfactoria, lo anterior en atención a que la sentencia tiene también un tenue carácter exhortativo, que se expresa en el considerando vigésimo quinto el que, sin contener directrices respecto de la normativa que resultaría adecuada, señala: “Que, ante las dudas, dificultades y encontradas interpretaciones que ha generado la aplicación del artículo 416, inciso tercero, del Código Procesal Penal, esta magistratura no puede sino hacer presente a los legisladores la conveniencia de regular adecuada y

²⁸⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 558, considerando vigésimo.

²⁸⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 558, considerando vigésimo primero

²⁹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 558, considerando vigésimo tercero.

eficazmente el procedimiento de desafuero de parlamentarios en delitos de acción privada”²⁹¹.

Finalmente, cabe destacar la prevención efectuada por la ministro Marisol Peña Torres. Dicha previniente, sin disentir del razonamiento efectuado en la sentencia, aporta un fundamento interesante para la aplicación de las normas del Código Procesal Penal señaladas por el tribunal. En este sentido expresa, que el fundamento principal de la interpretación integradora a que llega el Tribunal Constitucional se encuentra contenida en el inc. 2, del art. 5 de la Carta Fundamental. Dicho artículo impone a los órganos del Estado la obligación de respetar y promover los derechos fundamentales, de manera que ante las posibles exegesis del art. 416, inc. 3, los tribunales, incluido el Tribunal Constitucional, deben realizar aquella interpretación que compatibilice el referido artículo con las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos. En resumen, si frente a dos o más posibles interpretaciones del precepto cuestionado, el Tribunal Constitucional o los tribunales ordinarios no prefieren aquella que importa mejores protecciones para los derechos de las personas, estarán incumpliendo la obligación de respeto y promoción de los derechos fundamentales que les impone la norma constitucional referida.

Lo destacable de esta argumentación radica en que, conforme a la obligación de respeto y promoción de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional, en la causa en cuestión, debe guiarse por el principio interpretativo pro homine, razón por la cual, frente a la posibilidad de coincidir con la interpretación que los tribunales ordinarios dieron, en los casos en que se declaró la inaplicabilidad, a la norma cuestionada o realizar la interpretación integradora a que arriba la sentencia, el Tribunal Constitucional se encuentra obligado a decidirse por esta segunda opción, de lo contrario estaría

²⁹¹ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**, Rol N° 558, considerando vigésimo quinto.

desobedeciendo la obligación que expresamente le impone la Carta Fundamental en el inc. 2, de su artículo 5.

6) Causa Rol 1001-2007

A continuación analizaremos la sentencia de término dictada por nuestro Tribunal Constitucional con ocasión del control preventivo obligatorio del proyecto de ley que modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materias de seguridad ciudadana y refuerza las atribuciones preventivas de la policía. En particular, lo que nos interesa analizar, es la declaración de constitucionalidad del art. 132 bis que el referido proyecto incorpora al Código Procesal Penal y que prescribe:

Art. 132 bis. “Apelación de la resolución que declara la ilegalidad de la detención. Tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, y los de la ley 20.000 que tengan pena de crimen, la resolución que declare la ilegalidad de la detención será apelable por el fiscal o el abogado asistente del fiscal, en el solo efecto devolutivo. En los demás casos no será apelable.”

Nuestro Tribunal Constitucional entiende que una interpretación textual de la norma podría lesionar la garantía que asegura a todas las personas “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos” contenida en el art. 19, N°3, inciso primero y precisada en el inciso segundo de dicho artículo en relación a la defensa judicial. Así, en la sentencia se señala el alcance y contenido de este derecho fundamental “Este derecho consagra el principio general conforme al cual el legislador debe dictar las normas que permitan a todos quienes sean o puedan ser afectados en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales a tener oportunidad de hacerlos valer en igualdad de

condiciones con los demás ante cualquier autoridad...²⁹²”. Conforme a lo anterior, el tribunal concluye que una interpretación de la norma que no otorgue al querellante la facultad de apelar de la resolución que declara la ilegalidad de la detención sería contraria al art. 19, N° 3, incs. 1 y 2, por lo que, buscando una interpretación que permita una conformidad entre el art. 132 bis y las normas constitucionales recién señaladas, concluye que la misma es constitucional en el entendido de que el querellante también puede apelar de la resolución. Así, en el considerando vigésimo de la sentencia se señala:

“Que a la luz de las disposiciones constitucionales antes reseñadas, esta Magistratura, siguiendo nuevamente el principio de buscar la interpretación de las normas que permitan resolver, dentro de lo posible, su conformidad con la Constitución, declarará que el nuevo artículo 132 bis del CPP es constitucional en el entendido que al señalar que la resolución que declara la ilegalidad de la detención es apelable en los casos a que se refiere el precepto “por el fiscal o el abogado asistente del fiscal, en el solo efecto devolutivo”, ello no obsta para que los demás intervinientes en el proceso penal puedan ejercer el mismo derecho.”²⁹³

En este caso, la sentencia dictada por nuestra Magistratura Constitucional viene a salvar una omisión legislativa inconstitucional parcial en que incurre el art. 132 bis. En efecto, se trata de un caso en que la actuación del legislador ha sido incompleta, al no otorgar la facultad de apelar al querellante, incurre en una discriminación arbitraria y carente de justificación, lesionando la garantía constitucional prevista en el art. 19, N° 3, incs. 1 y 2 de nuestra Carta Fundamental, la deficiente regulación dictada por el legislador determina la ineficacia de la referida norma constitucional. Por otro lado, se trata de una omisión legislativa inconstitucional que afecta derechos fundamentales, en

²⁹² **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**, Rol N° 1001-07, considerando décimo séptimo.

²⁹³ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**, Rol N° 1001, considerando vigésimo.

concreto, la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

Pese a que el tribunal declara constitucional la norma en cuestión, en nuestra opinión, la omisión parcial en que incurre el art. 132 bis no se puede salvar atendiendo únicamente al enunciado normativo del mismo, dado que no existe ninguna interpretación de dicho artículo que permita que el mismo se conforme con la Carta Fundamental. Esta afirmación será explicada en forma más acabada a continuación, al analizar la tipología de la sentencia dictada por nuestro tribunal.

En cuanto a la tipología de esta sentencia, en nuestra opinión, se encuentra a medio camino entre una sentencia interpretativa desestimatoria y una aditiva. Puede afirmarse que es una sentencia interpretativa en cuanto declara la constitucionalidad del precepto señalando la interpretación que debe darse al mismo para que se conforme con la Carta Magna al precisar que la norma consagrada en el art. 132 bis del CPP debe interpretarse en el sentido de que se otorga a todos los intervinientes la facultad de apelar de la resolución que señala la norma en los casos que la misma enuncia. Sin embargo, no nos parece que se trate de una sentencia interpretativa en puridad, sino que también posee ciertas características que no son propias de las sentencias interpretativas, sino que análogas a las características de las sentencias aditivas. Si bien la sentencia aditiva es aquella que añade un elemento al enunciado normativo a fin de tornarlo compatible con la Carta Fundamental, lo que no hace la resolución objeto de este análisis, pues atendido su contenido solo interpreta el enunciado normativo, en nuestra opinión, la exegesis que realiza excede el texto del art. 132 bis, no es posible concluir que dicho artículo otorgue al querellante la facultad de apelar atendido su tenor “la resolución que declare la ilegalidad de la detención será apelable por el fiscal o el abogado

asistente del fiscal”, la norma enuncia taxativamente los sujetos a quienes otorga la facultad de apelar. Conforme a lo anterior, creemos que tiene características que la acercan a las sentencias aditivas, si bien la sentencia no añade nada al enunciado normativo, la exegesis que el tribunal realiza del mismo se acerca a ello, dado que en nuestra opinión, el art. 132 bis no permite concluir que se otorga la facultad de apelar al querellante sin añadir algo al enunciado normativo.

7) Causa Rol 1017-2007.

En esta causa nuestra Magistratura Constitucional, al realizar el control preventivo obligatorio de constitucionalidad del proyecto de ley sobre pesca recreativa, dicta sentencia de término en que declara inconstitucionales los incisos 5° y 6° del artículo 51 de dicho proyecto, los cuales transcribimos a continuación:

Inc. 5° “Tratándose de las infracciones a que se refieren los artículos 49 y 50 el juez podrá imponer, como sanción accesoria, la prestación de servicios no remunerados a favor de la comuna. Dicha prestación no podrá exceder de 4 horas diarias y deberá ser compatible con la actividad educacional o laboral que el infractor realice.”

Inc. 6° “La sanción tendrá una extensión máxima de 120 horas.”

El tribunal declara la inconstitucionalidad de los citados incisos en razón de que los mismos no se conforman con el art. 19, N° 3, inc. 7 de la Carta Fundamental, norma que prescribe: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que la nueva ley favorezca al afectado”. El citado precepto

constitucional consagra el principio de legalidad, cuyo contenido precisa el tribunal al señalar que conforme a dicho principio "...corresponde solo a la ley establecer la conducta reprochable y el castigo al cual se sujeta, materias que son, así, de reserva legal..."²⁹⁴. Así, los incs. 5 y 6 del art. 51 del proyecto de ley son contrarios al art. 19, N° 3, inc. 7 de la Carta Magna al no respetar el principio de legalidad. Por un lado, el inc. 5 al facultar al juez que conoce de la causa para aplicar o no, en forma discrecional, la sanción accesoria que contempla, confiere al mismo una facultad que es privativa de la ley, ella es la que debe determinar los casos en que procede aplicar dicha sanción. Por otro lado, el inc. 6° al indicar solo el quantum mayor de la sanción, no la determina en forma acabada, vulnerando el principio de legalidad y, por tanto, delegando, en forma inconstitucional, dicha determinación al juez. Este razonamiento es explicitado latamente por el tribunal en el considerando décimo quinto de la sentencia, en el cual se señala:

"Que dichas normas, al dejar entregado al juez que conoce de la causa el aplicar o no, en forma discrecional, la sanción accesoria, la cual, por otra parte, es indeterminada en su magnitud en atención a que solo se indica su extensión máxima, lo que hacen en realidad es conferir u otorgar a la autoridad judicial una competencia que, en conformidad al artículo 19, N° 3°, inciso séptimo, de la Constitución, es privativa del legislador, en cuanto dicho precepto señala que solo a la ley le es permitido determinar la pena aplicable a un delito, afectando así, además, el principio de seguridad jurídica que la disposición invocada garantiza a todas las personas."

En la sentencia objeto del presente análisis se puede constatar que la declaración de inconstitucionalidad de los incisos tantas veces citados es producto de dos omisiones legales inconstitucionales relativas que constata el

²⁹⁴ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**, Rol N° 1017, considerando vigésimo segundo.

tribunal y, que ambas omisiones son producto de una regulación incompleta que lesiona el principio de legalidad. En relación con el inc. 5° del art. 51 del proyecto de ley, la omisión relativa se produce al otorgar al juez la facultad de determinar, en forma discrecional, si procede aplicar o no la pena, cuestión que, conforme al principio de legalidad, debió ser regulada por el legislador. En definitiva, conforme al art. 19, N°3, inc. 7° de la Carta Fundamental, es el legislador quien debió regular la procedencia de la pena y, dado que no lo hace, la actuación del legislador ha sido incompleta, el mismo dicta una regulación deficiente que no cumple con las exigencias impuestas por la citada norma constitucional²⁹⁵. Y, en relación con el inc. 6° del art. 51 del proyecto, la omisión relativa también se produce en razón de una regulación incompleta y deficiente que no cumple a cabalidad con las exigencias impuestas por el inciso 7° del N°3 del art. 19 de la Constitución. Conforme a esta norma, es la ley la que debe determinar la pena aplicable al delito, mandato que el inc. 6° del art. 51 del proyecto sujeto a control no cumple, al señalar solo la extensión máxima de la pena, la misma es indeterminada. Cabe agregar que se trata de una omisión legislativa lesiva de derechos fundamentales.

En cuanto a la tipología de la sentencia, se trata de una sentencia estimativa tradicional, declara la inconstitucionalidad de ambos incisos sin realizar una determinada interpretación de los mismos, ni realizar exhortaciones al legislador, y menos, modificar sus enunciados normativos. El fallo simplemente se motiva en la contradicción de las normas declaradas inconstitucionales con

²⁹⁵ En nuestra opinión, el inc. 5° del art. 51 también es contrario al inc. 1°, del N°3, del art. 19, de la Constitución, que garantiza a todas las personas “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, ello, en razón de que al otorgar al juez la facultad de aplicar o no una sanción en forma discrecional, la norma legal abre un espacio a la arbitrariedad judicial en la determinación de si la misma procede o no, no garantizando la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. En este sentido, estimamos que la norma también lesiona el inciso segundo, del N°2, de la Carta Fundamental, ello en razón de que permite a la autoridad judicial establecer una diferencia arbitraria en relación a la determinación de los casos en que procede aplicar esta sanción accesoria.

el contenido de un determinado derecho fundamental garantizado por el constituyente.

8) Causa Rol 1024-2008.

En este caso el Tribunal Constitucional conoce, a través del control preventivo obligatorio de constitucionalidad previsto en el artículo N° 93 N° 1 de la Constitución, el proyecto de ley sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal, centrándose la discusión principalmente en la naturaleza jurídica de la Corporación Nacional Forestal, de manera de determinar la constitucionalidad o no, de las facultades que se encomiendan a esta entidad en el referido proyecto.

La sentencia, a partir de su considerando octavo expone la historia de CONAF, entidad constituida inicialmente con el nombre de Corporación de Reforestación, de naturaleza privada desde su creación en el año 1970²⁹⁶, quedando de esta manera, su actividad amparada por las disposiciones del Título XXXIII del Libro I del Código Civil. Posteriormente, en 1972 se incorporan mediante una reforma de estatutos CORFO y CORA, pasando a denominarse Corporación Nacional Forestal²⁹⁷.

Mediante la Ley N° 18.348 de 1984, se crea la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables, institución que vendría a remplazar la Corporación de Derecho Privado CONAF y que tiene por objeto entre otras cosas, regularizar la situación jurídica provocada por esta

²⁹⁶ CONAF, tiene su origen en la antigua Corporación de Reforestación, COREF, constituida por el Servicio Agrícola Ganadero y el Instituto de Desarrollo Agropecuario. A partir de 1972 se incorporaron a la entidad la Corporación de Fomento a la Producción (CORFO) y la ex-Corporación de Reforma Agraria (CORA), pasando a denominarse Corporación Nacional Forestal.

²⁹⁷ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**, Rol N° 1024, considerando octavo.

última y establecer una nueva institución, la cual sería autónoma del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de duración indefinida y que se relacionará con el Gobierno a través del Ministerio de Agricultura. Esta nueva institucionalidad entraría en vigor una vez que se publicara en el Diario Oficial el decreto en cuya virtud el Presidente de la República disuelva CONAF, situación que no ha ocurrido hasta el día de hoy.

No obstante lo anterior, el Poder Legislativo mediante numerosas normativas²⁹⁸ y sus respectivos reglamentos le ha encomendado a CONAF, a pesar de su naturaleza privada, una activa participación y funciones de carácter público, quedando de esta manera, bajo sus atribuciones todo lo relativo al control de la explotación de bosques, al fomento de la forestación y a la fiscalización de la actividad forestal en Chile. Esta situación se manifiesta además en el hecho de que la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado²⁹⁹ en sus disposiciones le asigna la calidad de organismo del sector público³⁰⁰, incluyéndola cada año en el presupuesto ha determinar mediante la Ley de Presupuestos de la Nación, situación que también se produce en otras disposiciones de carácter legal³⁰¹.

Asimismo, el Tribunal indica que el proyecto de ley en estudio, le atribuye a la CONAF funciones relativas al cumplimiento de las normas sobre

²⁹⁸ Decreto Ley N° 701 de 1974, cuyo texto refundido fue fijado por el Decreto Ley N° 2.565 de 1979, modificado posteriormente por la Ley 19.561 de 1998

²⁹⁹ Decreto Ley N° 1.263 de 1975

³⁰⁰ Los servicios públicos, son organizaciones del Estado, integrantes de la Administración Pública, cuya finalidad es la satisfacción de necesidades públicas que les haya confiado el legislador en la respectiva ley orgánica de su creación, para cuyo efecto deben funcionar de manera regular y continua, Vease PANTOJA BAUZA, Rolando. "Bases Generales de la Administración del Estado". Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año 1986. p. 82.

³⁰¹ Como en el Decreto Ley 249, de 1973 que fija la Escala Única de Sueldos y el Decreto Ley N° 799 de 1974 que establece normas que regulan el uso y circulación de vehículos estatales. Así también sucede con normas que le asignan responsabilidades relativas a la administración de las Áreas Silvestres protegidas del Estado (SNASPE), la prevención y combate de incendios forestales y al desarrollo, protección, control y fiscalización de la forestación, manejo, explotación y reforestación de la masa forestal del país.

recuperación del bosque nativo y fomento forestal, cuyo desempeño implicará el ejercicio de nuevas potestades públicas por parte de dicha Corporación³⁰².

Al referirse sobre la conformidad constitucional del proyecto sometido a su control, el Tribunal inicia su análisis señalando casos similares en que se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de disposiciones legales que confieren a órganos privados el ejercicio de funciones públicas, tal es el caso del Proyecto de Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades y del artículo 41 del Proyecto de Ley que creó el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes. Especial mención realiza respecto de las corporaciones de educación municipal, las que fueron creadas con anterioridad a la entrada en vigor de la actual Carta Fundamental y que, a pesar de representar una anomalía dentro de la organización del Estado, se ha reconocido su funcionamiento, tal como expresamente lo señala el fallo³⁰³.

En este mismo sentido, a pesar de que las atribuciones que el proyecto de ley otorga a la Corporación Nacional Forestal corresponden a potestades públicas que conforme lo exige la Carta Fundamental, sólo podría ejercitar CONAF cuando ella forme parte de la Administración del Estado, el Tribunal desestima la inconstitucionalidad del proyecto de Ley. El principal argumento esgrimido por nuestra Magistratura consiste en que de resultar estimatoria su decisión, los efectos serían tanto o más dañinos y perjudiciales que de mantener la situación tal como está³⁰⁴.

No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional hace presente a los Poderes Colegisladores la inconveniencia de mantener situaciones constitucionalmente anómalas como la presentada, por lo que sugieren o instan

³⁰² **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**, Rol 1024-08, considerando decimoquinto.

³⁰³ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**, Rol 1024-08, considerando decimonoveno

³⁰⁴ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**, Rol 1024-08, considerando vigésimo segundo.

la regularización de esta, a través de una exhortación “a la Presidenta de la República para que regularice la naturaleza jurídica de la CONAF, procediendo a la dictación del Decreto Supremo a que se refiere el artículo 19 de la Ley 18.348 o empleando otro medio idóneo que el Gobierno estime adecuado”³⁰⁵.

De esta manera, el Tribunal Constitucional a través del pronunciamiento de una sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad declara la conformidad constitucional de las disposiciones del proyecto de ley, a pesar que éste le asigna a CONAF funciones cuyo cumplimiento implicaba el ejercicio de potestades públicas. No obstante, esta sentencia posee además características exhortativas, al contener un llamado a los poderes colegisladores para regularizar esta situación. Específicamente corresponde a una sentencia exhortativa simple desestimatoria de inconstitucionalidad, que tal como señalamos ocurre cuando “una vez constatada la inconstitucionalidad de una norma esta no es invalidada, a fin de evitar efectos jurídicos y/o sociales desastrosos que podría producir una eliminación inmediata de la norma legal del ordenamiento jurídico, imponiendo al legislador el deber de modificar el régimen legal vigente a fin de que se conforme a la constitución”³⁰⁶.

La exhortación emanada de la Magistratura Constitucional produce, tal como lo describe Zapata un problema “en el hecho que la falta de respuesta oportuna por parte del legislador exhortado no acarrea para éste ningún tipo de sanción o responsabilidad. Por lo mismo, la eficacia de estos llamamientos queda sujeta, por completo, al grado de valor político o moral que se le asigne a las advertencias del Tribunal Constitucional de Chile”³⁰⁷. Como resultado de

³⁰⁵ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**, Rol 1024-08, considerandos vigésimo tercero y vigésimo cuarto.

³⁰⁶ SAGÜES, Nestor. “Las sentencias constitucionales...” Ob. Cit. p.194

³⁰⁷ ZAPATA LARRAÍN, Patricio. “Las sentencias atípicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno”. Editorial Librotecnia. Revista Semestral del Centro de Estudios

esto, es que persisten en el orden actual, facultades de CONAF que influyen y regulan, al borde de la limitación, la actividad e iniciativa privada incidiendo de esta manera el ejercicio del derecho de propiedad,³⁰⁸ además de la existencia de otras potestades sancionatorias de este organismo que pueden contradecir, en principio, los mandatos del artículo 19 numeral 3, específicamente respecto de las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos.³⁰⁹

Respecto a los requisitos para que la situación en estudio se enmarque dentro de lo que denominamos omisión legislativa inconstitucional relativa, entendemos en primer lugar, que el déficit en la producción del órgano legislativo, en este caso se debe analizar en dos momentos. El primero corresponde al trabajo de las cámaras legislativas, las que efectivamente han generado la normativa adecuada para remediar la situación inconstitucional a través de la ley N° 18.348 publicada el año 1984. Diferente es la situación del ejecutivo, concretamente respecto del Presidente de la República, quien incumple el mandato de actuación del proyecto constitucional al infringir una exigencia de acción, esto es, dictar el Decreto que acababa con la existencia de Conaf, establecido en el artículo 19 de la Ley N° 18.348, provocando y manteniendo una situación que atenta contra las Bases de la Administración, tal es conferir a un ente privado atribuciones o potestades públicas de aquellas

Constitucionales, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Año 4 N°2, año 2006, pp. 175 a 187.

³⁰⁸ Como por ejemplo lo son las limitación relativas a la facultad de CONAF de autorizar la corta de bosque o regular su autorización, tales potestades son claramente limitaciones al derecho de dominio del propietario del bosque, ya que tales autorizaciones resultarían esenciales para el propietario que desee realizar la explotación de su predio y de no obtenerlas su acto sería ilegal.

³⁰⁹ Tal como lo establece el artículo 41 inciso segundo del proyecto, en donde se le atribuye a ente privado CONAF la capacidad de aplicar medidas administrativas en contra de los acreditadores forestales, las que van desde la suspensión de sus funciones hasta la cancelación de su inscripción.

que la Carta Fundamental reserva a las autoridades que la propia Constitución establece.³¹⁰

9) Causa Rol 1170-2008

En esta ocasión se sometió al control preventivo de constitucionalidad consagrado en el artículo N° 93 N° 1 de la Constitución, el artículo único del proyecto de Ley que establece excepción a la letra b) del artículo 54 de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado³¹¹, relativo inhabilidades a ciertas personas para ingresar a cargos públicos.

Mediante este proyecto de Ley se buscaba excluir de la excepción establecida en el referido artículo, a los parientes y familiares de funcionarios que presten servicios en el exterior para el Ministerio de Relaciones Exteriores, permitiendo el ingreso de que éstos a cargos en la Administración del Estado, sin importar la existencia grados de parentesco respecto de las autoridades y funcionarios del organismo respectivo:

³¹⁰ Tal como lo explican el su voto disidente los Ministros Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake y Jorge Correa Sutil en su razonamiento séptimo: "La Constitución Política en su Artículo 4º, establece que Chile es una República Democrática y, acto seguido, en el artículo siguiente y como corolario de lo anterior, dispone que la soberanía reside esencialmente en la nación y que su ejercicio se realiza por el pueblo y, también por las autoridades que la misma carta establece. De ese modo, la capacidad de ejercer e poder político, de obligar coercitivamente, sin requerir el consentimiento del obligado, queda radicada sólo en el pueblo y en autoridades pública. Estas autoridades, a quienes la Constitución circunscribe el ejercicio de poder soberano, quedan, a virtud de lo dispuesto en otros preceptos de la Carta Fundamental, sujetas a una serie de prohibiciones, exigencias y deberes que no alcanzan a los privados.." ³¹⁰

³¹¹ Artículo 54.- Sin perjuicio de las inhabilidades especiales que establezca la ley, no podrán ingresar a cargos en la Administración del Estado:

b) Las personas que tengan la calidad de cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive respecto de las autoridades y de los funcionarios directivos del organismo de la administración civil del Estado al que postulan, hasta el nivel de jefe de departamento o su equivalente, inclusive.

De esta manera el proyecto buscaba incluir en la letra B el siguiente articulado:

“Esta Inhabilidad no será aplicable respecto del personal del Servicio Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores”

En voto dividido el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el precepto señalado, siendo relevante para la figura de estudio del presente trabajo los argumentos que analizaremos a continuación:

El Tribunal concluye que el establecimiento de la inhabilidad de parentesco respecto de autoridades y funcionarios establecida en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, es coherente con el principio de igualdad ante la ley, establecido en el artículo 1 inciso final y artículo 19 N° 2 de la Constitución Política. Señala, que a través de la referida inhabilidad la Administración busca garantizar la igualdad de oportunidades, a quienes desean ingresar a cargos públicos, de manera que “en Chile no exista persona ni grupo privilegiado”,³¹² buscando evitar, de esta manera, el nepotismo.

Dicha situación no tiene por objeto colocar a los parientes de los funcionarios públicos en una situación desmedrada ante el resto de los ciudadanos, sino por el contrario, atribuir preponderancia- como parámetro de la igualdad- a la ausencia de privilegios, entendiendo esto como un valor esencial en una República Democrática.³¹³

El examen de constitucionalidad realizado por el Tribunal se centro en determinar si la excepción establecida en el proyecto, significaba una vulneración al principio de igualdad ante la ley al que hicimos referencia. A

³¹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 1170, considerando noveno.

³¹³ *Ibidem*.

través de un examen de racionalidad de la diferenciación legislativa propuesta, se busco establecer si ella obedecía a fines objetivos y constitucionalmente válidos. En tal sentido, debemos referirnos a los argumentos señalados en el mensaje y la discusión del proyecto.

En primer lugar, se sostiene por los promotores del proyecto que, en su labor los funcionarios en el extranjero, embajadas, consulados, etcétera, necesariamente involucran a sus familiares directos. Se da como ejemplo el caso del cónyuge del funcionario destinado al extranjero, cuando esta asume labores de apoyo en la gestión de su marido. También se señala respecto de los hijos del personal del Servicio Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores, que gracias a su experiencia en el extranjero estarían mejor preparados en caso de que elijan similar actividad, ya que conocerían “mejor que nadie la labor de un funcionario del Servicio Exterior”.³¹⁴

Los argumentos presentados llevaron a la Magistratura Constitucional estimar que “la distinción efectuada por el legislador no aparece dirigida a un fin objetivo y lícito para efectuarla, pues las razones aducidas en el mensaje y en la discusión, en lo que se refieren al cónyuge no dicen relación con su ingreso al Servicio Exterior y en lo que aluden a los hijos, son igualmente aplicables a todos los funcionarios de la Administración. Si se estimaran válidas las razones del proyecto en examen, no se divisa motivo alguno para no transformarlas en una regla general.”³¹⁵

Señala además, que “el medio que se emplea, la completa eliminación de la prohibición, atenta en contra de los propósitos perseguidos por la norma

³¹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 1170, considerando décimo cuarto.

³¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 1170, considerando décimo quinto.

general, sin que se adopte resguardo alguno para la prevención del nepotismo que determinó la adopción de esta.”³¹⁶

Estas consideraciones motivaron al Tribunal Constitucional a declarar la inconstitucionalidad del proyecto de ley presentado, a través de una sentencia de tipo estimativa tradicional, impidiéndose al proyecto en cuestión, llegar a ser parte de nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo preceptúa el artículo N° 94, inc. 2 de la Carta Fundamental.

En lo relativo a las omisiones legislativas, podemos constatar que el proyecto buscaba establecer, a través de una norma parcial e incompleta, distintos tratamientos a sujetos que la Constitución trata como iguales, como sucede al distinguir entre funcionarios públicos y aquellos funcionarios públicos que presten servicio en el extranjero al Ministerio de Relaciones Exteriores Mediante. Esta situación vulnera el principio de igualdad establecido en el artículo primero inciso final de la Carta Magna, al vulnerar el deber de asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

También podemos observar que el proyecto de ley en análisis contraviene una exigencia constitucional de acción respecto del Poder Legislativo. Esto es porque al existir un precepto jurídico con rango constitucional que le exige cierto comportamiento a un órgano del Estado, como podría ser no dictar leyes que atenten contra el principio de igualdad establecido en la Carta Magna y éste en su actividad, genera normas que vulneran dicho principio, en este caso al no justificar debidamente la diferenciación promovida (omisión), implica una desatención por parte del órgano legislativo a los principios establecidos en la Carta Magna, que tiene como resultado, su vulneración.

³¹⁶ *Ibidem*

De esta manera, la situación analizada se traduce en una omisión legislativa relativa, ya que el legislador genera una norma incompleta, que regula sólo algunas situaciones y no otras, a pesar de tratarse de supuestos análogos, creando así una distorsión injusta respecto de los funcionarios del Servicio Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores. Coincidiendo de esta manera con lo señalado por Víctor Bazán, quien señala: *“Habrá omisión relativa toda vez que el cumplimiento del mandato constitucional, el órgano legislativo o la autoridad pública encargados de efectivizarlo, quiebren, en forma no intencional, pero produciendo un resultado discriminatorio y /o arbitrario, el principio de igualdad.”*³¹⁷.

10) Causa Rol 1254-2008.

En esta causa nuestro Tribunal Constitucional en control represivo abstracto de constitucionalidad declara la inconstitucionalidad de la expresión “gratuitamente” contenida en el inc. 1 del art. 595 del Código Orgánico de Tribunales (COT), el cual transcribimos a continuación:

“Corresponde a los jueces de letras designar cada mes y por turno, entre los no exentos, un abogado que defienda gratuitamente las causas civiles y otro que defienda las causas del trabajo de las personas que hubieren obtenido o debieren gozar del mencionado privilegio. Con todo, cuando las necesidades lo requieran, y el número de abogados en ejercicio lo permita, la Corte de Apelaciones respectiva podrá disponer que los jueces de letras designen dos o más abogados en cada turno, estableciendo la forma en que se deban distribuir las causas entre los abogados designados.”

³¹⁷ BAZAN SILVA, Víctor, “El control de las omisiones inconstitucionales...”. Ob. Cit. p. 53.

A continuación daremos cuenta de la fundamentación contenida en esta sentencia estimativa para luego realizar un análisis de la misma.

La sentencia estimativa dictada por nuestra jurisdicción constitucional se motiva en que la obligación de gratuidad contenida en el inc. 1 del art. 595 del COT infringe tres garantías constitucionales: la igualdad ante la ley, la igualdad ante las cargas públicas y la libertad de trabajo.

En relación con la infracción de la igualdad ante la ley, consagrada en el art. 19, N° 2 de la Constitución, el tribunal señala que si bien la diferenciación legislativa que consagra la institución del turno obedece a un fin constitucionalmente válido –cumplir con el mandato constitucional de dar asistencia legal a las personas que no están en condiciones de procurársela por sí mismas-, el medio empleado para alcanzarlo –la gratuidad- no resulta razonable ni proporcionado. En este sentido el tribunal, en el considerando sexagésimo quinto, señala:

“Que, como puede apreciarse, el fin perseguido por el legislador de dar asistencia jurídica gratuita no solo resulta constitucionalmente lícito sino también debido. Por su parte, el instrumento, consistente en establecer una carga, es idóneo para cumplir esos fines. Sin embargo, si se impone gratuitamente, se transforma irremediabilmente en un medio desproporcionadamente gravoso, desde el momento que el fin perseguido no exige ni supone que el abogado deba desempeñarse sin retribución alguna. Y ello, porque la institución se radica en el Estado y no en los abogados. El Estado, entonces, puede satisfacerla transfiriéndola a los abogados (bajo el sistema de defensorías o incluso del turno, como en la especie), pero no es necesario ni lícito desde el punto de vista constitucional que se les imponga sin

retribución, tal como lo señala el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales;”

Conforme a lo anterior el tribunal concluye que la gratuidad del turno considerada en abstracto constituye una infracción a la igualdad ante la ley, señalando que se trata de una discriminación arbitraria que violenta el art. 19, N° 2 de la Constitución.

En relación a la forma en que la gratuidad del turno infringe la garantía de la igualdad ante las cargas públicas, garantizada en el art. 19, N° 20 de la Carta Magna, la sentencia repara en la circunstancia de que en el caso de otras cargas legales, como el servicio militar y los vocales de mesa, la ley contempla formas de compensación pecuniaria de los gastos en que debe incurrir la persona para ejecutarlas³¹⁸, por lo que la carga del turno también debe ser debidamente compensada. En este sentido el tribunal señala “Que, de este modo, la carga del turno –que se impone excepcionalmente a los abogados y que se encuentra suficientemente descrita en la ley- debe ser debidamente compensada, derecho fundamental que nuestra Carta Suprema prevé incluso en estados de excepción constitucional, al reconocer el derecho a ser indemnizado respecto de las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad (artículo 45). El Estado puede cumplir con sus obligaciones a través de los particulares, en conformidad con el principio de subsidiariedad o supletoriedad, pero sin que ello importe un abusivo detrimento patrimonial, imponiendo así una carga no equitativa, en los términos autorizados por el artículo 19, N° 20, de la Constitución Política de la República.”³¹⁹

³¹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 1254, considerando septuagésimo sexto.

³¹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 1254, considerando septuagésimo séptimo.

Finalmente, en relación a la forma en que el turno gratuito lesiona la libertad de trabajo, derecho fundamental garantizado por el art. 19, N° 16, de la Constitución, se señala que la infracción a esta garantía es consecuencia de que la obligación de gratuidad priva a los abogados sobre quienes recae la carga del turno de su “derecho a desarrollar libremente un trabajo y a obtener una justa retribución por el servicio prestado...”, la Carta Fundamental no puede autorizar un impedimento absoluto por parte del profesional para obtener una legítima retribución patrimonial.”³²⁰. Conforme a lo anterior, la gratuidad del turno infringe el artículo 19, N° 16, de la CPR, que asegura “la libertad del trabajo y su protección”, en particular, en la parte en que se señala que “toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con justa retribución”. Así, nuestra Magistratura Constitucional, en el considerando nonagésimo de la sentencia, señala:

“Que, en este caso, el trabajo lícito se produce como consecuencia de la imposición de una carga legal, la que sin embargo no resulta compatible con nuestro sistema constitucional si no va acompañada de una justa compensación pecuniaria, tal como lo ordena perentoriamente el artículo 19, N° 16, de la Constitución Política de la República;”.

En cuanto al tipo de omisión legislativa inconstitucional detectada por la sentencia, se trata de una omisión parcial. El art. 595 del COT tiene por objeto dar cumplimiento a un mandato constitucional de concreto y obligatorio desarrollo, conforme al art. 19, N°3, de la Constitución corresponde a la ley arbitrar “los medios para otorgar asesores y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos”, sin embargo, el medio empleado para ello –el turno gratuito- produce un resultado arbitrario y discriminatorio que vulnera el principio de igualdad configurándose la referida omisión parcial.

³²⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol 1254, considerando septuagésimo noveno.

Además se trata de una omisión lesiva de derechos fundamentales, tal como señala la sentencia, la gratuidad del turno vulnera la igualdad ante la ley, la igualdad ante las cargas públicas y la libertad de trabajo y su remuneración provocando la ineficacia de las normas constitucionales en que se consagran estos derechos fundamentales (art. 19, N°s. 2, 20 y 16 respectivamente).

Cabe destacar que, si bien, en nuestra opinión, la referencia al tiempo no debe tomarse en cuenta para la configuración de una omisión legislativa inconstitucional –esta existe desde que se constata la infracción constitucional, momento en que nace la obligación de dictar una norma con la que dar adecuado cumplimiento a un mandato constitucional de concreto y obligatorio desarrollo-, en el caso del inc. 1, del art. 595, del COT se cumple a cabalidad con este requisito que una parte de la doctrina estima esencial para la configuración de la omisión, consistente en que desde la infracción constitucional haya transcurrido un periodo de tiempo excesivamente largo o un plazo más allá de lo razonable, circunstancia que constata la sentencia, dando cuenta de la misma a cabalidad. En efecto, el tribunal, al analizar los antecedentes de la institución del turno gratuito³²¹, da cuenta de que la misma existe desde la independencia de la Nación y solo ha experimentado modificaciones formales a la fecha de la sentencia³²², en consecuencia, al vulnerar el turno garantías fundamentales que existen desde la entrada en vigencia de nuestra Carta Fundamental, se trata de una infracción constitucional que existe desde 1980 a la fecha de la sentencia (2008).

Por último, en cuanto a la tipología de la sentencia, se trata de una sentencia estimativa tradicional –acoge la postulación que denuncia la inconstitucionalidad del precepto, derogándolo en éste caso- con un leve rasgo

³²¹ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**, Rol 1254, considerandos trigésimo a cuadragésimo primero.

³²² **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**, Rol 1254, considerando cuadragésimo.

exhortativo, en este sentido, en el considerando nonagésimo sexto el tribunal señala:

“Que, sin perjuicio de lo señalado, parece conveniente instar al legislador a resolver esta situación que se ha producido, como consecuencia de la subsistencia del turno gratuito de los abogados, estableciendo un mecanismo de asesoría similar al que ya existe en otras materias, como por ejemplo en materia penal y, más recientemente, en el ámbito laboral;”

11) Causa Rol 1602-2010.

En esta causa el Tribunal Constitucional, en control preventivo obligatorio de constitucionalidad, declara la inconstitucionalidad del N° 15, del artículo único, de la Ley N° 20.447 que establece el nuevo art. 10 de la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional (en adelante LOCCN). Para el objeto de este trabajo, solo interesa analizar el inc. 1 del N° 15 del artículo único del proyecto de ley, inciso en que radica el fundamento de esta decisión estimatoria, el cual transcribimos a continuación.

“El jefe superior del respectivo organismo de la Administración del Estado o el representante legal de la entidad, según el caso, requerido en conformidad al artículo 9° que no diere cumplimiento a lo ordenado en esa disposición dentro del plazo de 30 días, será sancionado por la Contraloría General de la República con la medida disciplinaria de multa equivalente a un tercio, media o una remuneración mensual. Asimismo, serán responsables y tendrán idéntica sanción por su falta de comparecencia a la sesión de una comisión de alguna de las Cámaras a la que hubieren sido citados, o la de los funcionarios de su dependencia, cuando la ausencia de estos les sea imputable. Para estos efectos, la Contraloría General de la República resolverá con el mérito de lo

informado por el respectivo jefe o representante y de los antecedentes proporcionados o que estime necesario recabar.”

El motivo de la declaración de inconstitucionalidad de la integridad del N° 15, del artículo único, del proyecta de ley, radica en que la disposición en análisis no cumple a cabalidad con los requisitos que impone la consagración de un debido proceso, en atención a que el procedimiento consagrado para la imposición de la sanción administrativa no permite al afectado una debida defensa jurídica previa a la imposición de la sanción, lo que pugna con el art. 19, N° 3, de la Constitución. En concreto, la Contraloría al decidir sobre la aplicación de la sanción, resuelve solo con “el mérito de lo informado por el respectivo jefe o representante y de los antecedentes proporcionados o que estime necesario recabar”, sin permitir al sujeto objeto de la sanción, siquiera, acompañar documentos.

Conforme a lo anterior, la sentencia del tribunal, en su considerando vigésimo tercero señala: “Que resulta evidente, por lo tanto, que el legislador a dejado de cumplir con la obligación que el Poder Constituyente le impone, en el sentido de dictar las normas tendientes a asegurar la protección y defensa jurídica de los derechos fundamentales de quienes se encuentren comprendidos en la situación que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10, determina que sean sancionados.

Más aún, ello puede traer como consecuencia lesionar el ejercicio de los derechos comprometidos, circunstancia que pugna con las garantías que, en los incisos primero y segundo, del numeral tercero del artículo 19, la Carta Fundamental consagra para resguardarlos;”

En cuanto al tipo de omisión legislativa inconstitucional, nos encontramos frente a una omisión relativa, la norma acusada de inconstitucionalidad realiza una regulación incompleta o defectuosa del procedimiento que conduce a la aplicación de la sanción, al omitirse en dicho procedimiento la posibilidad de que el sancionado reclame en forma previa a la aplicación de la sanción, no se cumple a cabalidad con los mandatos contenidos en los incs. 1° y 2°, del N° 3, de la Carta Fundamental. Cabe agregar que se trata de una omisión que lesiona derechos fundamentales.

Respecto a la tipología de la sentencia que motiva el análisis de esta causa, se trata de una sentencia estimativa tradicional.

En esta causa nuestra Magistratura Constitucional, en control preventivo obligatorio de constitucionalidad, dicta sentencia de término en que declara la inconstitucionalidad del art. 4 del proyecto de ley que sanciona el acoso sexual a menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico infantil, artículo que transcribimos a continuación:

“Artículo 4. Los establecimientos comerciales, cuya actividad principal sea ofrecer al público servicios de acceso a internet, a través de computadores propios o administrados por ellos, deberán mantener un registro actualizado de los usuarios, durante un plazo no inferior a un año, en el que se consignará su nombre, cédula de identidad o número de pasaporte, o con los datos que se consignan en la licencia de conducir o en el pase escolar, fecha y hora inicial de cada acceso e individualización del equipo en el cual se utilizó el servicio.

El responsable del establecimiento deberá exigir a los usuarios la exhibición de alguno de los documentos antes indicados en el acto de su registro y siempre que fuesen a hacer uso de un computador para los efectos señalados en el inciso precedente.

Los establecimientos a que se refiere el presente artículo, no permitirán el uso de sus computadores a las personas que no proporcionen los datos previstos en el inciso primero o que lo hicieren en forma incompleta y a las personas que no portaren alguno de los documentos anteriormente señalados, o se negaren a exhibirlos.

Los registros a que se refiere el presente artículo tienen el carácter de reservados y su examen solo podrá ordenarse por el Juez de Garantía, a petición del Ministerio Público, sin perjuicio del ejercicio de las atribuciones establecidas en el inciso séptimo. El incumplimiento del deber de reserva establecido en el presente inciso, por parte del responsable del establecimiento o alguno de sus dependientes, será sancionado con multa de 2 a 10 unidades tributarias mensuales y clausura temporal del establecimiento por un período no superior a 3 meses. La reincidencia en la comisión de dicha infracción, se castigará con multa de 4 a 20 unidades tributarias mensuales y la clausura definitiva.

El incumplimiento de las obligaciones establecidas en los incisos primero a tercero del presente artículo será sancionado con multa de 2 a 10 unidades tributarias mensuales. En el caso de una segunda condena por dicho incumplimiento, se podrá aplicar, adicionalmente, la clausura temporal del establecimiento por un periodo no superior a 3 meses. De existir una tercera condena por tal incumplimiento, se aplicará el doble de la multa y la clausura definitiva.

De las infracciones contempladas en las disposiciones que preceden, conocerán los juzgados de policía local, conforme a las normas del

procedimiento ordinario, contemplado en la ley 18.287 que establece Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local.

Para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el presente artículo, todos los establecimientos a que se refiere el inciso primero estarán sujetos a la vigilancia e inspección de Carabineros de Chile y de los inspectores municipales, resultando aplicable lo dispuesto en el artículo segundo de la ley 19.925, sobre expendio y consumo de bebidas alcohólicas

Un reglamento, dictado por el Ministerio de Justicia, determinará las características específicas del Registro que deberán llevar los establecimientos a que se refiere el inciso primero, las medidas de seguridad que deberán adoptarse y toda otra norma que resulte necesaria para su implementación.

Lo dispuesto en el presente artículo entrará a regir noventa días después de la publicación en el Diario Oficial del reglamento a que se refiere el inciso precedente.”

Uno de los motivos que tiene presente el Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad del art. 4 del proyecto radica en que el referido artículo importa una doble infracción a la garantía de igualdad ante la ley contemplada en el art. 19, N° 2 de la Constitución. Por un lado, señala que el deber de llevar estos registro, al recaer exclusiva e infundadamente sobre los cibercafés, en circunstancias de que existen otros establecimientos comerciales que prestan el mismo servicio y sin que pueda inferirse que en estos lugares se cometen preferentemente los delitos a que se refiere el proyecto de ley, da origen a una situación que los estigmatiza e inhibe el ingreso de las personas que repudian la sensación de vigilancia.³²³ En este

³²³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N°1894, considerando décimo séptimo.

sentido el tribunal concluye que “Este menoscabo deja, pues, a los titulares de cibercafés en una posición desmedrada frente a sus competidores sustitutos, lo que infringe la garantía del N°2 del artículo 19 constitucional, al no existir un tratamiento de igualdad en el ejercicio de actividades comerciales análogas.”³²⁴ Por otro lado, se reprocha que el proyecto recaiga únicamente sobre los clientes de cibercafés, lo que también atenta contra la referida garantía constitucional, dado que la sola concurrencia de los individuos a estos establecimientos –lícitos y abiertos al público- los estigmatiza, poniéndolos sin mérito y gratuitamente en la lesiva posición de sospechosos pre delictuales.³²⁵

En cuanto a la tipología de esta parte de la sentencia, se trata de una sentencia estimatoria tradicional y el objeto de la misma es subsanar una omisión relativa que afecta derechos fundamentales, la norma objeto de control infringe doblemente el principio de igualdad ante la ley. Por un lado, al situar injustificadamente a los titulares de cibercafés en una posición desmedrada frente a sus competidores sustitutos, pretende establecer un tratamiento desigual para el ejercicio de actividades comerciales análogas. Por otro, al poner indiscriminadamente a los usuarios de estos establecimientos en una posición de sospechosos pre-delictuales, en circunstancias de que los delitos que se pretende precaver y/o reprimir pueden cometerse de la misma manera, y con idénticas facilidades, en establecimientos que prestan servicios análogos como hoteles o bares.

La declaración de inconstitucionalidad del tribunal también se fundamenta en que la norma en cuestión lesiona el derecho fundamental de toda persona al respeto y la protección de su vida privada, consagrado en el N° 4, del art. 19, de la Constitución. En esta parte motiva de la sentencia, la inconstitucionalidad deviene por carecer el proyecto de medidas de resguardo suficientes para la

³²⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N°1894, considerando décimo séptimo.

³²⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N°1894, considerando décimo octavo.

protección de la información recopilada con ocasión de esta invasión a la vida privada e intimidad de las personas. En relación a la infracción del art. 19, N°4, el tribunal señala que “el proyecto, puesto a impedir que se produzcan filtraciones o se trafique con la información contenida en dichos registros ad hoc, personalísima y valiosa, establece un deber de reserva, que resulta insuficiente para resguardar el derecho de que se trata...”³²⁶. Extendiéndose en esto, la sentencia expresa: “Además, con detrimento de la seguridad jurídica, el proyecto presenta todos los vacíos a que se ha hecho mención respecto a la custodia e intangibilidad de los susodichos archivos, materia en que se remite globalmente y en blanco a un reglamento, vale decir sin la debida protección legal que debe otorgarse a las personas para el tranquilo ejercicio de sus derechos”³²⁷.

Así, íntimamente relacionada con la vulneración de la garantía consagrada en el art. 19, N° 4, de la Carta Fundamental, se encuentra la vulneración del principio de reserva legal, también constatada por nuestra Magistratura Constitucional. El tribunal señala que la remisión legal y en blanco al reglamento, para que éste determine las características del registro y las medidas de resguardo a adoptarse para la protección de la información contenida en ellos, sin precisar el sentido y alcance que deberá darse al mismo, atenta contra el principio de legalidad, la garantía del N° 4, del art. 19 exige la protección de la ley, es necesario que ella determine las medidas de resguardo del derecho³²⁸. Así, el tribunal señala en su considerando vigésimo sexto: “Que, de lo dicho, puede apreciarse que se está ante una delegación normativa constitucionalmente inadmisibles, toda vez que el legislador no ha establecido parámetros objetivos y precisos a los que deba sujetarse la

³²⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N°1894, considerando vigésimo cuarto.

³²⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N°1894, considerando vigésimo cuarto.

³²⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N°1894, considerando vigésimo quinto.

autoridad administrativa a efectos de reglar la disposición legal en el tópicó aludido.”

Del análisis de esta parte motiva de la sentencia se puede concluir que la misma es una sentencia estimatoria tradicional, esta declara la inconstitucionalidad de la norma porque la misma genera una omisión relativa que afecta derechos fundamentales, en particular el derecho a la intimidad y la vida privada. Esta omisión relativa es producto de una falta de desarrollo normativo de la disposición sujeta a control, producto de esta regulación legal deficiente -solo se establece un deber general de reserva como resguardo- se origina la ineficacia de la norma constitucional. En relación a la falta de satisfacción de los requisitos que impone el principio de legalidad, es útil recordar los mismos, los cuales fueron expuestos al analizar la causa Rol 325-2001. Los requisitos de que deben cumplir las disposiciones legales para limitar los derechos fundamentales son: a) Determinación: la norma debe señalar en forma concreta los derechos posiblemente afectados y b) Especificidad: debe señalar las medidas especiales que se pueden adoptar con tal finalidad.

12) Causa Rol 2132-2011.

En esta causa nuestra Magistratura Constitucional, al realizar el control preventivo obligatorio del proyecto de ley que crea Juzgados de Policía Local en las comunas que indica, declara la inconstitucionalidad del artículo primero transitorio de dicho proyecto, norma que transcribimos a continuación:

“Artículo primero transitorio. La instalación de los Juzgados de Policía Local creados por la presente ley requerirá el previo acuerdo del respectivo consejo municipal. En todo caso, para su instalación, la municipalidad no podrá exceder

el límite de gasto anual máximo en personal que establezca la legislación vigente a la fecha de dicho acuerdo del consejo.”

La declaración de inconstitucionalidad del tribunal se funda en que si bien el artículo primero transitorio del proyecto cumple con la exigencia del art. 77, inc. 1°, de nuestra Carta Fundamental, en cuanto debe ser una ley orgánica constitucional la que determine “la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República”, lo hace de manera deficiente al radicar en el Consejo Municipal la decisión sobre la instalación de los Juzgados de Policía Local. Nuestra Magistratura Constitucional señala que, conforme al art. 77 de nuestra Constitución la decisión sobre la instalación de los referidos juzgados debe emanar de la ley. Así, en el considerando undécimo de la sentencia objeto de análisis se señala:

“Que, en cuanto al artículo primero transitorio del proyecto sometido a examen, debe tenerse presente que se establece que “la instalación de los Juzgados de Policía Local creados por la presente ley requerirá el previo acuerdo del respectivo consejo municipal”. Ello significa que el legislador dicta una norma de rango y fuerza de ley, cumpliendo el mandato constitucional de crear por ley los “tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República”, pero al hacerlo ha dejado a una decisión unilateral del consejo de la respectiva Municipalidad la denominada “instalación” de los tribunales que se crean, defiriendo así a la voluntad del Consejo Municipal que corresponda la decisión de hacer o no efectivo el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales. No puede una decisión que según mandato de la Constitución debe necesariamente emanar de la ley, quedar bajo la condición suspensiva de lo que resuelva un órgano de la Administración del Estado. En tal caso no se cumple el mandato

constitucional por que la decisión legal no es completa y suficiente. Por lo antes señalado, el artículo primero transitorio pugna con el artículo 77 de la Carta Fundamental y así se declarará.”

Lo primero que cabe destacar en este análisis es que la declaración de inconstitucionalidad del artículo primero transitorio del proyecto de ley sujeto a control es consecuencia de una omisión legislativa parcial, el referido artículo no cumple cabalmente con el mandato contenido en el inc. 1º, del art. 77, de la Constitución. Si bien el artículo declarado inconstitucional determina los Juzgados de Policía Local que se crearán y las comunas en que se establecerán, al entregar a la decisión del Consejo Municipal la instalación de estos tribunales, condiciona a la voluntad de este el funcionamiento oportuno de los mismos. Al condicionar el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales a la decisión de un órgano de la Administración del Estado, se desconoce el mandato constitucional conforme al cual el legislador debe determinar los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia, el legislador determina los tribunales que son necesarios, pero la pronta administración de justicia dependerá del Consejo, este órgano determinará desde que momento comenzarán a funcionar los Juzgados de Policía Local, al decidir el momento de instalación de los mismos, situación que afecta la eficacia normativa del art. 77, puesto que este no permite ser aplicado sin mediación de una normativa legal. Particularmente ilustrativa para el caso en estudio resulta la conceptualización de la omisión relativa de Jesús Casal, “...la omisión relativa se origina no simplemente en la regulación parcial de una materia, que por sí sola no entraña inconstitucionalidad alguna, sino en la regulación parcial e incompleta de una materia cuando la Constitución exigía que tuviere mayor alcance”³²⁹.

³²⁹ CASAL, Jesús. “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Editorial Konrad-Adenauer-Stiftung A.C., 9ª edición, Montevideo, 2003, p. 56.

En cuanto a la tipología de esta sentencia, se trata de una sentencia estimativa tradicional dictada de oficio.

13) Causa Rol 2152-2011.

Mediante el control Preventivo establecido en el artículo 93 N° 1 de la Constitución el Tribunal Constitucional resuelve determinar la inconstitucionalidad de la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 4³³⁰ de la Ley 18.556, remplazado por el del artículo primero del proyecto de Ley sobre Inscripción Automática, Servicio Electoral y Sistema de Votaciones.

En el referido proyecto se establece un acceso privilegiado a la información contenida en el padrón electoral respecto de los centros de estudios o de investigación. Además radica la determinación sobre la procedencia de la entrega de dicha información en el Consejo del Servicio Electoral, organismo al que se le entrega una atribución discriminatoria y carente de fundamento.³³¹

De esta manera, el precepto en cuestión implica una contradicción al principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo N° 19 N° 2 de nuestra Constitución, al establecer un privilegio, tal es el acceso a la información contenida en el Padrón Electoral, a un grupo determinado, los centros de estudios, sin que sea posible concluir que la diferenciación legislativa propuesta obedezca a fines objetivos y constitucionalmente válidos.

³³⁰ Artículo 4º.- El conocimiento público del Registro Electoral procederá en la forma dispuesta en el párrafo 1 del título II.

Los centros de estudio o de investigación podrán solicitar datos del Registro Electoral, Padrón electoral y Nómina Provisoria de Inhabilitados, para el sólo efecto de sus análisis.

EL Consejo del Servicio Electoral calificará las procedencia de la solicitud y entrega de los respectivos datos.

³³¹ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**, Rol N° 2152, considerando trigésimo sexto

Junto con ello, el proyecto implicaría también una vulneración del carácter público del sistema electoral, según lo establece el artículo 18 de nuestra Carta Fundamental.

Lo mismo ocurre con el inciso quinto del art. 31 de la ley 18.556, reemplazado por el numeral primero del artículo 1 del proyecto en análisis³³², que contempla igual privilegio respecto del acceso a la información contenida en el Padrón Electoral Provisorio y la Nómina Provisoria de Inhabilitados a los partidos políticos. Esta situación motivo al Tribunal a declarar contraria a la Constitución la expresión “para los partidos”, contenida en esta disposición, por contravenir las mismas disposiciones legales antes citadas”.³³³ Amenazando también al principio de igualdad.

En este caso existe un déficit en la producción del órgano legislativo en el sentido amplio, ya que no se trata de ausencia de norma sino de la generación de una normativa parcial e incompleta, por tratar parcialmente al sujeto pasivo de esta, que en este caso sería la colectividad, generando una vulneración al principio de igualdad, tal como lo señala nuestra Magistratura Constitucional³³⁴ a través de una sentencia estimativa tradicional.

14) Causa Rol 2159-2012

Mediante el control preventivo de constitucionalidad establecido en el artículo 93 N° 1 de la Carta Fundamental el Tribunal Constitucional conoció el

³³² El Padrón Electoral y la Nómina Provisoria de Inhabilitados son públicos para los partidos políticos, sólo en lo que se refiere a los datos señalados en el inciso tercero. Los partidos políticos podrán tener acceso y copia de ellos en medios magnéticos o digitales, no encriptados y procesables por software de general aplicación, debiendo pagar sólo los costos directos de la reproducción. Lo mismo se aplicará para los candidatos independientes, respecto de las circunscripciones electorales donde participan.

³³³ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**, Rol 2152, considerando trigésimo sexto.

³³⁴ *Ibidem*.

proyecto de ley que regulaba los derechos de los usuarios en el servicio de salud.

En el artículo 13 de referido proyecto de ley, se establece la reserva de información contenida en la ficha clínica del paciente, impidiéndose a terceros que no estén vinculados a la atención de salud tener acceso al contenido de esta. No obstante, el inciso tercero del mismo artículo establece que la información contenida en la ficha, copia de la misma o parte de ella, será entregada, total o parcialmente, a solicitud expresa de las personas y organismos que se indican, en los casos, forma y condiciones que se señalan en las letras a) a la d). Existió especial atención del Tribunal Constitucional respecto de las letras c) y d) del referido proyecto:

c) A los Tribunales de Justicia, siempre que la información contenida en la ficha clínica se relacione con quien tenga el carácter de parte o imputado en las causas que estuvieran conociendo.

En su sentencia la Magistratura Constitucional estima que la modificación descrita implica una afectación a la función jurisdiccional propia de los Tribunales de Justicia en los términos establecidos en el artículo 76 de la Carta Fundamental. Esto es porque precepto en cuestión importa una restricción de la entrega de información a los Tribunales cuando estos la requieran, afectando directamente las posibilidades de los órganos de administración de justicia para enterarse de los conflictos cuyo deber conocer y resolver.

De esta manera, la letra c) del proyecto significaba una limitación al concepto de jurisdicción coherente con nuestra Carta Magna y aceptado en el

ordenamiento nacional.³³⁵ Dicha función jurisdiccional no puede ser afectada o delimitada en su contenido esencial por una disposición de rango legal de menor jerarquía que la propia Constitución. Siendo esta última razón la que motivo al Tribunal Constitucional determinar inconstitucionalidad del precepto señalado, tal como lo indica en los considerando 10º y 11º de la sentencia en análisis.

La otra situación destacada es respecto de la letra d) del mismo artículo 13 que establece que podrán requerir la información clínica: “Fiscales del Ministerio Público y los abogados defensores, previa autorización del juez competente, cuando la información se vincule directamente con las intervenciones o defensas que tengan a su cargo.”³³⁶ De esta manera, dicha normativa circunscribe la petición sólo a los fiscales del Ministerio Público y a los abogados defensores, dejando de lado a otros intervinientes del proceso penal, tal es el caso del querellante particular.³³⁷

El Tribunal determino que el contenido del precepto implica una infracción al artículo 83 inciso 2 de la Carta Magna que establece “que el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”. En ocasiones anteriores el mismo Tribunal Constitucional ha señalado el sentido en que dicha voz debe ser entendida de manera, “que el Ministerio Público ejerce la acción penal pública, como igualmente puede hacerlo la víctima que la constitución denomina ofendido y además los otros sujetos que la ley determine; concluyendo que es claro que existen tres

³³⁵ “El poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la república y en cuya solución les corresponda intervenir”. **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**, Rol N° 2159, considerando décimoprimer.

³³⁶ Artículo 13 letra d) Proyecto de Ley que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud.

³³⁷ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**, Rol N° 2159, considerando décimo tercero.

órdenes de sujetos legitimados, de acuerdo al tenor del artículo 83: El Ministerio Público, la víctima y, finalmente, los otros sujetos que la ley señale”³³⁸.

Siguiendo esta misma línea, si se reconoce que existen tres órdenes de sujetos legitimados para ejercer la acción penal, la exclusión de uno para requerir la información clínica, como se establece en el proyecto en estudio, implicaría junto con una infracción al artículo 83 inciso 2 de nuestra Constitución una vulneración al artículo 19 N° 3 de la Carta Magna, al no asegurar la letra d) la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos entre sujetos que la Carta Magna coloca en un plano de igualdad. De esta manera se limitaría el ejercicio de la acción al querellante particular o de cualquier otro sujeto que determine la ley.

Señala el Tribunal en su sentencia, “La querrela y el ejercicio de la acción por parte de la víctima han de ser entendidas como manifestaciones del legítimo ejercicio de derecho al proceso, por lo que el mismo no puede ser desconocido, ni menos cercenado, por el aparato estatal.”³³⁹ Situación que ocurriría de aprobarse el proyecto en análisis.

En esta última situación podemos dar cuenta de la existencia de un déficit en la producción del Poder Legislativo, al generar una norma que trata parcialmente al sujeto pasivo de la normativa, esto es por no considerar a todos los actores del procedimiento penal, limitando el requerimiento de la información clínica sólo al Ministerio Público y a los abogados defensores. Esta situación significa, tal como lo señalamos, una vulneración al principio de igualdad establecido en la Carta Magna, afectando la eficacia jurídica y material de esta. De esta manera, consideramos que se presentan los requisitos

³³⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 2159, considerando décimo quinto.

³³⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol 2159, considerando décimo séptimo.

necesarios para entender que el legislador ha incurrido en una omisión legislativa del tipo relativo. Situación resuelta por nuestra Magistratura Constitucional a través de la dictación de una sentencia estimativa de inconstitucionalidad, del tipo tradicional, impidiéndose de así que el proyecto, en lo respectivo a la reserva de la información, se materialice.

15) Causa Rol 2180-2012.

En esta causa nuestra Magistratura Constitucional, en control preventivo obligatorio de constitucionalidad, dictó sentencia de término en que declaró inconstitucional el art. 2, inc. 3, letra a), parte final, del proyecto de ley que crea los Tribunales Ambientales. El art. 2 del referido proyecto de ley regula la integración y nombramiento de los ministros de los Tribunales Ambientales y el concurso que al efecto debe realizar el Consejo de Alta Dirección Pública y, en su inc. 3, letra a), parte final (disposición declarada inconstitucional) prescribe “en este concurso no podrán participar quienes se desempeñen o hayan ejercido el cargo de abogado integrante en las Cortes de Apelaciones o en la Corte Suprema”.

Nuestro Tribunal Constitucional estimó que el precepto legal establecía una prohibición que constituye una inhabilidad absoluta y perpetua para ejercer el cargo público de Ministro del Tribunal Ambiental, prohibición que carecía de justificación o razonabilidad³⁴⁰, conculcando, en consecuencia, las garantías constitucionales consagradas en el artículo 19, N° 2, que asegura a todas las personas “la igualdad ante la ley”, y que “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias” y en el artículo 19, N° 17 que asegura a todas

³⁴⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 2180, considerando vigésimo quinto.

las personas “La admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes³⁴¹”.

Lo primero que cabe destacar en este análisis es que la declaración de inconstitucionalidad es consecuencia de una omisión legislativa parcial, el precepto establece una inhabilidad (absoluta y perpetua) carente de justificación y racionalidad, produciendo, en consecuencia, un resultado discriminatorio y arbitrario que vulnera el principio de igualdad.

En cuanto a la tipología de la sentencia, se trata de una sentencia estimativa tradicional.

17) Causa Rol 2358-2012.

Mediante el control preventivo de constitucionalidad establecido en el artículo 93 N° 3 de la Carta Fundamental, previo requerimiento de 31 Diputados que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, se declaró la inconstitucionalidad del N° 9 del artículo único del proyecto de ley que permite la introducción de la televisión digital terrestre.

El argumento que motivo la presentación por parte de los legisladores es que el proyecto de ley contemplaba una prohibición, en términos absolutos, de utilizar los sistemas de medición de audiencia en línea “*people meter on line*” respecto de la industria televisiva. Esta restricción se orientaría a mejorar la calidad de la televisión, evitando la manipulación de programas, la explotación de una imagen sexista de la mujer y el aumento artificial de los contratos de

³⁴¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 2180, considerando vigésimo tercero.

publicidad³⁴², situaciones que el instrumento de medición supuestamente genera e incentiva.

El Tribunal junto con desestimar que el instrumento de medición pueda generar los efectos descritos³⁴³, determina que la prohibición del uso de éste sólo al medio televisivo, implica una discriminación arbitraria respecto de esta industria en relación a otros medios de comunicación social análogos como la radio, las plataformas informáticas u otros similares. Tal como lo señala en el considerando N° 21 de la sentencia en análisis: “Una prohibición como la aprobada en el proyecto de ley impugnado, sería claramente discriminatoria de modo arbitrario, ya que no se divisa razón por la cual el people meter online fuere nocivo solo en la televisión, pero no en radio o en otros medios de telecomunicaciones sociales, incluso informáticos”.³⁴⁴

A través un sentencia estimativa tradicional de inconstitucionalidad, la Magistratura Constitucional determinó que las disposición contenida en el número 9 del artículo único del proyecto de ley en análisis vulneraba el concepto de igualdad ante la ley, consagrado en nuestra Carta Magna: “En ese sentido, se establecería una diferencia regulatoria carente de justificación racional, y, por ende, inconstitucional también por ello, al infringir el art. 19, N°2, inc. 1, primera parte de la CPR, que asegura la igualdad ante la ley.”³⁴⁵

Podemos constatar un déficit en la producción de la norma por parte del Poder Legislativo, al generar una precepto que implica una prohibición, la imposibilidad de utilizar el “people meter”, a un medio de comunicación, la televisión, sin justificar porque esta limitación es aplicable sólo a él y no a otros

³⁴² **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**, Rol N° 2358; considerando noveno.

³⁴³ *Ibidem*.

³⁴⁴ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**, Rol N° 2358; considerando vigésimo primero.

³⁴⁵ *Ibidem*

medios similares. Esta situación implica el establecimiento de diferencias arbitrarias entre sujetos que debiesen ser regulados de igual forma, provocando una consecuente vulneración al principio de igualdad sin que exista una justificación razonable ni constitucionalmente válida. De esta manera se generaría una situación eventualmente vulneradora de la Carta Magna, concurriendo de esta forma elementos de lo que denominamos omisión legislativa relativa.

2.- Cuadro resumen de las sentencias analizadas.

Causa Rol	Tipo de Omisión	Norma	Tipo de Sentencia
325-2001	Absoluta	Art N° 19 N° 7 y N° 24 inc.2°	Desestimativa Exhortativa
349-2002	Relativa	Art N° 19 N° 3	Estimativa Tradicional
	Relativa	Art N° 80 A(Actual Art 83)	Desestimativa Interpretativa
389-2003	Relativa	Art N° 19 N°3	Estimativa Interpretativa
437-2005	Relativa	Art N° 19 N° 3	Estimativa Tradicional
	Absoluta		
558-2006	Relativa	Art N°19 N° 3	Desestimativa Interpretativa
1001-2007	Relativa	Art N° 19 N° 3	Desestimativa, Interpretativa-Aditiva
1017-2007	Relativa	Art N° 19 N° 3	Estimativa Tradicional
1024-2008	Relativa	Art N° 19 N° 3 y N° 24	Desestimativa Exhortativa
1170-2008	Relativa	Art N° 1 inc. Final y N° 19 N°	Estimativa Tradicional

		2.	
1254-2008	Relativa	Art N° 19 N° 2, N° 16 y N° 20	Estimativa Exhortativa
1602-2010	Relativa	Art N° 19 N° 3	Estimativa Tradicional
1894-2011	Relativa	Art N° 19 N° 2 y N° 4	Estimativa Tradicional
2132-2011	Relativa	Art N° 77	Estimativa Tradicional
2152-2011	Relativa	Art N° 18 y N° 19 N°2	Estimativa Tradicional
2159-2012	Relativa	Art N° 19 N° 3 y Art N° 83	Estimativa Tradicional
2180-2012	Relativa Relativa	Art N° 19 N° 2 y N° 17	Estimativa Tradicional
2358-2012	Relativa	Art N° 19 N° 2	Estimativa Tradicional

3.- Consideraciones.

Del estudio de las dieciocho sentencias analizadas hemos podido constatar los tipos de omisiones legales inconstitucionales que se han presentado en nuestro ordenamiento jurídico, las normas constitucionales que principalmente se han visto amenazadas por este fenómeno y la tipología de las sentencias con que nuestra Magistratura Constitucional ha hecho frente a esta situación.

3.1- Tipos de omisión.

En cuanto a los tipos de omisión legal inconstitucional que se han presentado en nuestro ordenamiento jurídico, la gran mayoría han tenido lugar en razón de una regulación deficiente o incompleta del legislador, se trata de casos en que la norma legal se dicta, pero al omitir determinados contenidos o previsiones, la misma no cumple a cabalidad con las exigencias impuestas por nuestra Carta Magna al poder legislativo. Conforme a lo anterior, nuestro Tribunal Constitucional principalmente ha debido hacer frente a omisiones relativas, las cuales en su mayoría han atentado contra el contenido, formal y/o material, de los derechos fundamentales consagrados en el art. 19 de nuestra Carta Magna, situación que expondremos con mayor detalle al analizar cuáles han sido las normas constitucionales que se han visto amenazadas o vulneradas por la omisión legal inconstitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, nuestro tribunal también ha debido hacer frente a omisiones absolutas en dos casos, ambas se han producido como consecuencia de la infracción del principio de legalidad, situación sobre la que nos explayaremos en el siguiente punto.

3.2.- Normas.

Al revisar los casos estudiados, podemos constatar que nuestra Magistratura Constitucional observó en sus sentencias amenazas y/o infracciones a normas constitucionales de distintas características. Para facilitar la comprensión de este acápite, agrupamos las referidas normas en dos grupos, aquellas amenazas o vulneraciones a los derechos fundamentales consagrados en el artículo 19 y aquellas amenazas o infracciones de otros artículos de Carta Magna.

a) Aquellas que hacen referencia a Derechos Fundamentales:

En el ámbito de los derechos fundamentales puede sostenerse que hay inconstitucionalidad por omisión del legislador cuando la concreción legislativa de la norma constitucional es condición imprescindible para el desarrollo y ejercicio del derecho asegurado constitucionalmente y cuya omisión por parte del legislador daña su contenido esencial. Pudimos percatarnos de esta situación se presentó respecto de los siguientes derechos establecidos en nuestra Carta Magna.

19 N° 2, La igualdad ante la ley.

Del análisis efectuado podemos concluir que el Tribunal determinó que existían vulneraciones al principio de igualdad ante la ley, principalmente en situaciones en que la normativa planteaba discriminaciones carentes de justificación y objetividad. Nuestra Magistratura, en caso de que exista una diferenciación legislativa, exige que esta obedezca a fines objetivos y constitucionalmente válidos. Esto lo logra a través de un examen de racionalidad acerca de la distinción correspondiente.

Podemos observar que para el Tribunal, el parámetro de la igualdad se identifica en ciertos casos con la ausencia de privilegios y restricciones injustificadas o carentes de racionalidad, por ejemplo, cuando se establece una excepción injustificada a una inhabilidad para ejercer ciertos cargos públicos (Rol 1170-2008), de manera que la existencia de un trato diverso solo se justificaría en la medida en que las situaciones se diferencien en aspectos fácticos objetivos y relevantes, hecho que no se presenta en la sentencia analizada. Así también ocurre en situaciones en que el legislador busca limitar

injustificadamente la posibilidad de ciertas personas para postular a determinados cargos (Rol 2180-2012). Esta última situación atenta además contra la garantía que asegura a todas las personas “la admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes” establecida en el artículo 19, N°17 de la Constitución. En estos casos, el Tribunal Constitucional exige que la distinción o trato diverso se encuentre suficientemente justificada, exigencia que consiste en que debe ser razonablemente adecuada y necesaria para alcanzar el fin lícito en que se funda la distinción, requisitos que no se cumplen en los casos expuestos.

Otro criterio que podemos encontrar del análisis de las sentencias es que en el caso de existir trato diverso, este debe ser suficientemente justificado y razonado, de manera que no puede fundarse en un propósito de hostilidad hacia un grupo (Rol 1894-2011 y 2358-2012) o importar un favor o privilegio personal indebido (Rol 1170-2008). De esta misma manera tampoco puede justificarse en una carga indebida y desproporcionada, aunque esta tenga por objeto cumplir un mandato constitucional (Rol 1254-2008). En general, se estima que el criterio del Tribunal obedece a que la diferenciación, en caso que existiere, no debe fundarse en supuestos injustificados, conforme a criterios de valor generalmente aceptados.

Artículo 19, N°3, La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos

En relación con el art. 19, N° 3, de nuestra Carta Fundamental, lo primero que cabe destacar es que se trata del derecho fundamental que más frecuentemente se ha visto amenazado o vulnerado por la omisión legislativa inconstitucional, de los dieciocho casos analizados, en nueve de ellos se ha visto amenazada esta garantía que asegura a todas las personas “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”.

El segundo punto a destacar respecto de los casos en que omisiones legales inconstitucionales han amenazado o infringido el art. 19, N° 3, es que nuestra jurisdicción constitucional ha detectado una gran cantidad de formas en que el referido derecho puede ser vulnerado: (a) por la ausencia de toda norma regulatoria del procedimiento a través del cual se imponen las sanciones (Rol 437-2005); (b) por carecer el procedimiento de una regulación precisa y acabada provocando un vacío legal (Rol 558-2006); (c) por la consagración de procedimientos que impiden al ciudadano conocer el proceso llevado en su contra en forma previa a la imposición de la sanción, es decir, excepciones injustificadas al principio de bilateralidad de la audiencia (Roles 349-2002, 389-2003, 1602-2010); (d) por lesionar el principio de tipicidad al no establecer la ley en forma acabada la conducta a sancionar (Roles 437-2005 y 1017-2007); (e) por el establecimiento de normas que otorgan facultades a determinados sujetos procesales excluyendo injustificadamente a otros (Roles 1001-2007 y 2159-2012) y; (f) por la falta de determinación legal del quantum de la pena (1017-2002).

Otros derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional ha considerado inconstitucionales situaciones en las que el legislador ha establecido una regulación incompleta o insuficiente, delegando a la potestad reglamentaria la reglamentación de materias de reserva legal, tal como ocurren en el proyecto de ley que sanciona el acoso sexual a menores (Rol 1894-2011) éste proyecto establecía insuficientes medidas de resguardo para la protección de la información contenida en el registro de usuarios de cibercafés, no siendo suficiente ni constitucional –se trata de una materia de reserva legal- una remisión global y en blanco a un reglamento, violentando de esta manera la garantía de la protección de la vida

privada e intimidad de las personas consagrada en el Art. 19, N° 4 de la Constitución. En similar sentido podemos destacar la Causa Rol 325-2001, en el que se establece vía decreto una medida de restricción vehicular que limita la libertad ambulatoria establecida en el artículo 19 N° 7 de la Constitución, así como también el derecho de propiedad consagrado en el artículo 19 N° 24 de nuestra Carta Magna. Estas limitaciones no se pueden establecer vía decreto cuando las leyes en que se sustenta el decreto no cumplen con los requisitos de determinación y especificidad que el Tribunal ha considerado indispensables para limitar derechos fundamentales a través del ejercicio de la potestad reglamentaria.

Otra situación en donde se produjeron vulneraciones a derechos fundamentales la encontramos en el control represivo abstracto que efectuó la Magistratura constitucional respecto de la gratuidad del turno de los abogados (Rol 1254-2008), esta normativa atentaba contra la libertad al trabajo, establecida en el artículo 19, N° 16 de la Constitución (imponía una carga que privaba a los abogados sobre quienes recaía el turno de su derecho a desarrollar libremente un trabajo y a obtener una justa retribución por el mismo) y contra la igual repartición de las cargas públicas, garantía resguardada en el artículo 19, N° 20 de la CPR (dado que se imponía una carga que implicaba un abusivo detrimento patrimonial sin contemplar una compensación pecuniaria como ocurre con otras cargas como el servicio militar y los vocales de mesa).

Otras Normas.

Junto con las situaciones antes señaladas, el análisis de sentencias también nos permitió constatar omisiones legales inconstitucionales que vulneraban otros artículos de nuestra Carta Magna, tal fue el caso de la sentencia recaída

sobre el proyecto de ley que establecía una excepción a la inhabilidad establecida en la letra b) del artículo 54 de la LOCBGAE, Ley N° 18.575 (Rol 1170-2008), al pronunciarse sobre dicha causa el tribunal estimó que dicho proyecto significaba una vulneración al art. 1, inciso final de la Constitución, al amenazar el derecho de las personas a participar en igualdad de oportunidades en la vida nacional. También estimó inconstitucional el art. 4, inc. 2, de la Ley 18.556 remplazado por el numeral 1 del artículo primero del proyecto de ley sobre inscripción automática, servicio electoral y sistema de votaciones (Rol 2152-2011), por entender que al establecer un acceso privilegiado a la información contenida en el registro electoral se violenta el carácter público del sistema electoral garantizado en el art. 18 de nuestra Constitución. Finalmente también debió pronunciarse sobre la constitucionalidad del art. 43 del proyecto de ley sobre normas adecuadoras del sistema legal chileno a la reforma procesal penal (Rol 349-2002), artículo que amenazaba el art. 80 A (actual art. 83) de la Constitución, dado que atribuía al Servicio de Impuestos Internos la facultad de recopilar antecedentes sin limitación alguna, facultad podía confundirse con las atribuciones propias y exclusivas del Ministerio Público consagradas en el art. 80 A de la Constitución. Sin embargo, el tribunal declaró la constitucionalidad del precepto mediante una interpretación que limita la facultad del Servicio para recopilar antecedentes, esta no importa ni puede constituir una investigación de aquellas que se mencionan en el artículo 80 A de la Constitución.

3.3.- Tipología de las sentencias.

En cuanto a la tipología de las sentencias dictadas por nuestra Magistratura Constitucional para hacer frente a las omisiones legales inconstitucionales, si bien en la mayoría de los casos ha hecho uso de sentencias tradicionales, también ha recurrido al uso de sentencias atípicas. El recurso a este tipo de

sentencias ha obedecido a diversos principios y motivos tales como el principio de presunción de constitucionalidad de la ley, el principio de interpretación de conformidad con la constitución y la consideración de los efectos de sus decisiones.

Conforme con lo recién señalado, en la mayoría de los casos a nuestra judicatura constitucional le ha bastado el recurso a las sentencias tradicionales para alcanzar pronunciamientos que solucionen de forma satisfactoria el vicio de constitucionalidad que tiene su origen en una omisión legislativa (Roles 349-2002, 437-2005, 1017-2007, 1170-2008, 1602-2010, 1894-2011, 2132-2011, 2152-2011, 2159-2012, 2180-2012, 2190-2012, 2191-2012 y 2358-2012).

Sin embargo, en otros casos ha debido recurrir al uso de sentencias atípicas para solucionar las omisiones legales inconstitucionales a que ha debido hacer frente. Así, por ejemplo, ha dictado sentencias exhortativas (Roles 325-2001, 1024-2008 y 1254-2008), destacando aquella recaída en la causa rol 1024-2008, en esta causa el tribunal detecta una situación constitucionalmente anómala (el otorgamiento por parte del legislador de potestades públicas a un organismo de carácter privado) que debería dar lugar a un pronunciamiento estimatorio, sin embargo, al constatar que dicho pronunciamiento ocasionaría consecuencias más perjudiciales que aquellas a que daría lugar la vigencia de la norma, la declara constitucional y hace presente al poder legislativo la inconveniencia de que se mantenga esta situación constitucionalmente anómala instándolo a dictar una regulación correcta que se conforme con la Carta Fundamental.

Otro tipo de sentencias atípicas a que ha recurrido nuestro Tribunal Constitucional para hacer frente a las omisiones legales inconstitucionales son las sentencias interpretativas (Roles 349-2002, 389-2003 y 558-2006). Entre

los casos en que el tribunal ha hecho uso de este tipo de pronunciamientos, destaca la sentencia recaída en la causa rol 558-2008, en ella el tribunal reconoce que la norma acusada de inconstitucionalidad (art. 416, inc. 3 del CPP) “carece en su texto de una regulación precisa de la tramitación de la solicitud de desafuero ante el tribunal de alzada, omisión que ha sido el antecedente para que las partes no hayan rendido prueba de sus pretensiones o defensas en esa instancia.”³⁴⁶. Sin embargo, y aquí radica la especial relevancia de este fallo, pese a reconocer el vacío legal ocasionado con la referida omisión, el tribunal declara la constitucionalidad de la norma, recurriendo a una interpretación que permite integrar el referido vacío. Destacamos esta sentencia dado que el tribunal reconoce que si se interpreta la norma por si sola se ocasiona un vacío legal, pero frente a ello realiza una interpretación que considera otras normas de nuestro ordenamiento jurídico, interpretación sistemática que permite llenar el vacío y lograr una inteligencia de la norma compatible con la Carta Magna. Además del recurso a otras normas jurídicas para interpretar la norma acusada de inconstitucionalidad, cabe destacar que al dictar esta sentencia el tribunal, en su razonamiento, consideró el principio de presunción de constitucionalidad de la ley y el de interpretación de conformidad con la Constitución, como se puede observar al leer el considerando sexto del fallo.

Por último nos parece importante destacar la sentencia recaída en la causa rol 1001-2007, sentencia que hemos calificado como *sui generis* dado que estimamos que se encuentra a medio camino entre una sentencia interpretativa y una aditiva. En dicha sentencia el tribunal se pronuncia sobre la constitucionalidad del artículo 132 bis del CPP, declarándolo constitucional en el entendido de que al señalar que la resolución que declara la ilegalidad de la detención es apelable en los casos a que se refiere el precepto “por el fiscal o

³⁴⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol 558, considerando duodécimo.

el abogado asistente del fiscal en el solo efecto devolutivo”, ello no obsta a que los demás intervinientes puedan ejercer el mismo derecho. Mediante esta interpretación del artículo, que se funda en el principio de interpretación de conformidad con la Constitución³⁴⁷, el tribunal evita que el mismo lesiones la garantía que asegura a todas las personas “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”.

Destacamos esta sentencia porque es aquella en que el tribunal ejerce más intensamente sus atribuciones, en nuestra opinión si bien interpreta la norma a fin de tornarla compatible con la Carta Magna, la exegesis que realiza de la misma excede el enunciado normativo sujeto a control, a nuestro juicio, no es posible concluir que el artículo otorgue al querellante la facultad de apelar sin añadir algo al enunciado normativo. Conforme a lo anterior, sostenemos que esta sentencia tiene características que la acercan a las sentencias aditivas, la sentencia no añade nada al enunciado normativo pero realiza una interpretación que se acerca a ello.

³⁴⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol 1001, considerando vigésimo.

CONCLUSIÓN

El desarrollo de los estados modernos ha generado la necesidad de legitimar el ejercicio del poder y establecer sus fines objetivos. De esta manera, la Constitución emerge como un sistema de normas que configura y ordena la estructura política de un Estado, al tiempo que garantiza un ámbito de derechos y libertades fundamentales para la colectividad y sus individuos. La Constitución pues, se configura como la norma suprema y fundante que contiene los principios políticos, sociales y económicos de cada uno de los ordenamientos jurídicos que le son extensivos.

De acuerdo a la Constitución Política de 1980, la finalidad del Estado es estar al servicio de la persona humana promoviendo el bien común. Debe asegurar entonces, las condiciones que permitan a todos y a cada uno de los nacionales su mayor realización tanto espiritual como material, respetando y promoviendo los derechos que la misma Constitución establece.

El principio de supremacía constitucional a que aludimos, supone necesariamente el control y la sanción consecuente de las infracciones a la Constitución, las que se pueden originar sea por acciones u omisiones. Si bien algunos preceptos de la Constitución permiten una aplicación directa, otros requieren de un desarrollo por parte del poder legislativo, de forma tal que la inacción de tal órgano obsta a la eficacia de la ejecución del mandato Constitucional. Es frente a estos preceptos que el instituto de la inconstitucionalidad por omisión legislativa cobra importancia, pues su finalidad es desarrollarlos y definirlos objetivamente, para que más allá de su jerarquía normativa, no se les confunda como una mera declaración de buenas intenciones.

La inconstitucionalidad por omisión como instituto, importa la constatación efectuada por el órgano jurisdiccional de la inercia del legislador que afecta al cumplimiento de la obligación constitucional de dictar leyes que desarrollen los preceptos constitucionales, de manera que los mismos no se tornen de ineficaces.

Esta situación ha instado a que los diferentes ordenamientos jurídicos reaccionen. Naciones como Portugal, Brasil, Venezuela, Ecuador e incluso en la provincia de Río Negro, Argentina, han recogido expresamente la figura en sus normas supremas. Todas ellas constituyen una meritoria excepción a la realidad general, dado que la mayoría de los ordenamientos jurídicos no consagran la figura de la omisión legislativa inconstitucional.

Lo anterior no ha impedido que la doctrina contemporánea haya realizado esfuerzos en la dirección de habilitar mecanismos con los cuales hacer frente a aquellas ilegitimidades constitucionales cuyo origen se encuentra en la inercia de los órganos legislativos en orden a la efectiva y necesaria concretización de los preceptos y principios establecidos en la norma suprema. Destacan las corrientes doctrinarias alemana e italiana, por su aporte sustantivo al desarrollo de soluciones jurisprudenciales. Así, los distintos tribunales constitucionales han recurrido a una serie de técnicas para resguardarse de las omisiones legislativas: recomendaciones al legislador, sentencias aditivas, interpretativas, manipulativas, declaración de inconstitucionalidad parcial de una norma por vulneración al principio de igualdad y sentencias que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad, entre otras. Soluciones que no han significado necesariamente la constitucionalización de instrumentos procesales de control de las inacciones del legislador.

Sea mediante un reconocimiento expreso o a través del desarrollo jurisprudencial, el fenómeno de las omisiones legislativas inconstitucionales es un tema en plena evolución. Tiene como decimos, una forma reactiva a una realidad apremiante. Así como no existe una definición unánime de este concepto, tampoco hay un antídoto indiscutido para sus efectos nocivos. A falta de un patrón o precedente de orden universal será responsabilidad de cada ordenamiento jurídico dar respuesta a la necesidad de preservar la supremacía normativa y fuerza vinculante de sus Cartas Fundamentales, a través de los medios e instituciones que propicien la realización, protección, y promoción de los derechos y deberes que en ella se establezcan.

El fenómeno de la omisión legal inconstitucional no es un problema ajeno a nuestra realidad jurídica. Mediante el examen de la jurisprudencia de nuestra Magistratura Constitucional avisamos diversos tipos de omisión en nuestro ordenamiento jurídico. Omisiones relativas y omisiones absolutas, omisiones que vulneran normas orgánicas de nuestra constitución y otras que violentan garantías fundamentales aseguradas por la misma. Nuestro derecho positivo no contempla instrumentos procesales dirigidos específicamente al control de la omisión, sino sistemas de control más bien tradicionales; el control preventivo y los controles represivos de constitucionalidad establecidos en nuestra Carta Magna. Es en este contexto que el Tribunal Constitucional Chileno ha debido pronunciarse sobre la omisión legal inconstitucional.

Si bien nuestro ordenamiento jurídico no reconoce expresamente la figura de la omisión legislativa inconstitucional, en nuestra opinión, las atribuciones que posee nuestra Magistratura le han permitido dar una solución satisfactoria a los distintos casos en que se ha debido pronunciar sobre este fenómeno.

En base a las sentencias analizadas y a su examen global, hemos podido dilucidar la forma en que el Tribunal Constitucional ha abordado la omisión legislativa inconstitucional. Como se señaló, en la mayoría de los casos el tribunal recurrió al pronunciamiento de sentencias tradicionales, tanto estimativas como desestimativas, alcanzando mediante su uso soluciones satisfactorias. Sin embargo, frente a casos que requerían una respuesta más elaborada recurrió al uso de sentencias exhortativas, interpretativas e incluso a una que poseía ciertos elementos cercanos a las características de las sentencias aditivas. Así, advertimos que nuestra Magistratura Constitucional no hizo frente a la omisión legal inconstitucional mediante una jurisprudencia uniforme, sino que utilizó distintos tipos de sentencias según la relevancia de los elementos a considerar en cada caso sometido a su conocimiento.

En definitiva, estimamos que la forma en que nuestra Magistratura Constitucional ha abordado la omisión legal inconstitucional es plenamente satisfactoria, ha recurrido a un criterio amplio y flexible, haciendo uso de distintos tipos de sentencias para alcanzar las soluciones adecuadas para cada caso concreto sometido a su conocimiento sin evadir la complejidad de esta materia y considerando siempre en sus decisiones principios tan importantes para el desempeño de su función como son el principio de interpretación de conformidad con la Constitución, la presunción de constitucionalidad de la ley y la consideración de los efectos de sus decisiones.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- 1.- AHUMADA RUIZ, María: “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Número 8, enero-abril, Madrid, España, 1991. pp. 169-194.
- 2.- ALDUNATE LIZAMA, Eduardo. “La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII, 2009, pp. 443-484.
- 3.- ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. “Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, año 1998.
- 4.- AVILÉS HERNÁNDEZ; Víctor Manuel. “Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional y los cuestionamientos o dificultades que las mismas presentan”. Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Volumen 72, Santiago de Chile, año 2010, pp. 211-225.
- 5.- BÁEZ SILVA, Carlos, “La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México”. Boletín Mexicano de Derecho comparado. Revista Jurídica Nueva serie año XXXV número 105, septiembre - diciembre 2002, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 741-796.
- 6.- BAZAN SILVA, Víctor, “El control de las omisiones inconstitucionales en la República bolivariana de Venezuela y en el derecho comparado”, Revista Provincia, N° 16, año 2006, Venezuela, pp. 47-107.

7.- BAZÁN, Víctor. "Inconstitucionalidad por omisión: la experiencia brasileña y un ejemplo a tener en cuenta por el derecho argentino", Revista entre Abogados, año IV, núm. 8, Año 1996, p. 24 y ss.

8.- BAZÁN, Víctor. "La inconstitucionalidad por omisión en el derecho, con particular referencia al sistema venezolano" En "Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006", Tomo II, Editorial Konrad-Adenauer-stiftung e.v., Uruguay, año 2006, pp. 425-506.

9.- BAZAN, Víctor. "Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales una visión de derecho comparado". En "En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión". Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, Segunda edición, año 2007, pp. 91-286"

10.- BENÍTEZ RAMIREZ, Eugenio. "Principios procesales relativos a las partes" Revista Chilena de Derecho, vol. 34 N° 3, Santiago de Chile, 2007, pp. 591-593.

11.- BERTELSEN REPETTO, Raúl (1969): "Control de constitucionalidad de la ley", Editorial Jurídica. Chile, Santiago, año 1969.

12.- BIDART CAMPOS, Germán J., "El derecho de la Constitución y su fuerza normativa", Universidad Nacional Autónoma de México, año 2003.

13.- BREWER- CARÍAS, Allan; "Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia", Editorial Jurídica Venezolana 3 ed. Caracas, año 2005.

- 14.- BULNES ALDUNATE, Luz “La fuerza normativa de la Constitución”. Revista Chilena de Derecho, número especial, año 1998, pp. 137-142.
- 15.- BULNES ALDUNATE, Luz “La inconstitucionalidad por omisión” Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, año 4 n° 1 Editorial Universidad de Talca, Santiago Chile, año 2006, pp. 251-264.
- 16.- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Obras Completas, Tomo I., Ara Editores, Lima, año 2005.
- 17.- CASAL H, Jesús María, “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas” en “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano edición 2003”, Konrad-Adenauer-Stiftung, 9ª Edición, Uruguay, año 2003 pp. 33-82.
- 18.- CEA EGAÑA, José Luis, Derecho Constitucional Chileno, Tomo I y II, 2da Edición Actualizada, Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2002.
- 19.- CEA EGAÑA, José Luis, “Rasgos del Derecho Público Contemporáneo”, en “Nuevas Tendencias del Derecho Constitucional”, Sergio J. Cuarezma Terán Rafael Luciano Pichardo Directores, INEJ Editores, Nicaragua, año 2011 pp. 17-43.
- 20.- CEA EGAÑA, José Luis, “Sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica”, Universidad Austral de Chile, Valdivia, año 1999 p.180.
- 21.- COLOMBO CAMPBELL, Juan Francisco, “El requerimiento de inaplicabilidad ante el TC artículo 93 n° 6 CPR”. En “Temas actuales de Derecho Constitucional”, Editorial Jurídica de Chile, año 2009, Chile, p. 53.

22.- DÍAZ REVORIO, Francisco, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, Revista Española de Derecho Constitucional, Núm.61, España, año 2001, pp. 81-130.

23.- ETO CRUZ, Gerardo. “La inconstitucionalidad por omisión. Doctrina Constitucional.” Editorial Trujillo. Perú, año 1992.

24.- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, “La fuerza normativa de la Constitución”, en Revista de Derecho Público N° 63, Universidad de Chile, año 2001, pp. 77-102.

26.- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. “La sentencia del Tribunal Constitucional, su eventual carácter vinculante y la inserción en las fuentes del derecho”. Editorial Librotecnia. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Año 4 N°1, 2006, pp. 125-149.

27.- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio., “Aproximación al Concepto de Omisión Legislativa”. En “En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión”. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, Segunda edición, año 2007. pp. 17-64.

28.- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La Inconstitucionalidad por omisión” Editorial Civitas, España, año 1998.

29.- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas”. Centro de Estudios

Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 7, N° 2, año 2009, pp. 13-69.

30.- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht" en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 10, Julio-Diciembre, año 2008, pp. 75-116.

31.- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "Los nuevos desafíos de nuestro tiempo para la protección jurisdiccional de los derechos". Revista Vasca de Administración Pública. N° 39, España, año 1994, p. 27-90.

32.- GARRIDO DORN, Carlos, "La inconstitucionalidad por omisión Legislativa", Editorial Metropolitana, Santiago, año 2010.

33.- GOMES CANOTILHO, Joaquim, "Contituição dirigente e vinculação do legislador", Coimbra, Coimbra Editora, Portugal, año 1982.

34.- GOMES CANOTILHO, Joaquim. "Dereito constitucional", Coimbra 6ª edición, Almedina, año 1993, Portugal.

35.- GÓMEZ PUENTE, Marcos, "La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control". Editorial Mc Graw Hill, España, año 1997.

36.- IBAGÓN, Mónica Liliana. "El control jurisdiccional de omisiones legislativas en Colombia". En "Instrumentos de tutela y justicia constitucional, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional". Universidad Nacional Autónoma de México. Año 2002, pp. 311-323.

37.- HARO GARCÍA, José Vicente. “El control Difuso de la Constitucionalidad en Venezuela: El estado actual de la cuestión”, En “La ciencia del Derecho Procesal Constitucional”, Tomo II Jurisdicción y Control Constitucional, Universidad Autónoma de México, año 2008, pp. 733-764.

38.- HARO, Ricardo, “Constitución Poder y Control”, Universidad Nacional Autónoma de México, año 2002.

39.- NAVARRO BELTRÁN, Enrique. “El control de constitucionalidad de las leyes en Chile”. Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 43, Santiago de Chile, año 2011.

40.- NAVARRO BELTRÁN, Enrique; “Nueva sociedad, vieja Constitución”, El Mercurio, cuerpo A, 2 de Noviembre de 2013, p. 2.

41.- NOGUEIRA ALCALÁ; Humberto, “Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América latina” en Revista Ius et Praxis, año 10, N° 1, 2004, pp. 113-158.

42.- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Dogmática constitucional”, Editorial Universidad de Talca, Chile, año 1997.

43.- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto “El Tribunal Constitucional Chileno reformado en 2005: sus competencias y algunos hitos jurisprudenciales trascendentes”, Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009, pp. 433-517.

44.- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; “La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante”. Editorial Librotecnia.

Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Año 4 N°1, año 2006, pp. 97-124.

45.- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales”, Universidad Nacional Autónoma de México, México, año 2003.

46.- OROZCO, Víctor y PATIÑO, Silvia. “La inconstitucionalidad por omisión en Costa Rica” Disponible en <http://www.idpc.es/archivo/1212663675n7VOS.pdf>, (consultado última vez 28 de mayo 2014).

47.- OTHON SIDOU, J. M, “Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: Mandato de Injunção y Habeas Data”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XXIV; N° 70, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, pp. 169-187.

48.- PARRA, Diego Andrés; “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”. FORO, revista de derecho N°4 UASB-Ecuador/CEN, Quito, año 2005, pp.59-97.

49.- PEÑA TORRES, Marisol; “El precedente constitucional emanado del Tribunal Constitucional y su impacto en la función legislativa”. Editorial Librotecnia. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Año 4 N°1, año 2006, pp. 173-184.

50.- PALADINES RODRÍGUEZ, Jorge Vicente. "Omisión Legislativa Nominativa del decisionismo político al control constitucional". En "Nuevas Tendencias del Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional", Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, Nicaragua, año 2011, pp. 561-574.

51.- PANTOJA BAUZA, Rolando. "Bases Generales de la Administración del Estado". Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año 1986.

52.- SAGÜÉS, Néstor Pedro. "La inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro". En "Inconstitucionalidad por omisión", Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, año 1997, pp. 109-117.

53.- SAGÜÉS, Néstor Pedro. "Novedades sobre Inconstitucionalidad por omisión: La Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario". Estudios Constitucionales, Año 7 N° 2, año 2009. pp. 71-79.

54.- SAGÜÉS, Néstor Pedro. "Las sentencias constitucionales exhortativas". Editorial Librotecnia. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Año 4 N°2, 2006 pp. 189-202.

55.- SAGÜÉS, Néstor Pedro. "Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión". en "Instrumentos de tutela y justicia constitucional", Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Universidad Nacional Autónoma de México, año 2002, pp. 605-619.

56.- SAENGER, Fernando. "Acción de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Facultades del Nuevo Tribunal Constitucional. Algunos casos

Jurisprudenciales”. Editorial Librotecnia. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Año 5 N °1, año 2007, pp. 305-348.

57.- TAJADURA TEJADA, Javier, “La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales”. En “En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión”. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, Segunda edición, año 2007. pp. 287-312.

58.- UNGER, Mark, “Sesenta años de la ley fundamental Alemana”, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. año 7 N° 2, año 2009. pp. 301-316.

59.- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio. “Inconstitucionalidad por omisión del legislador”. Revista Actualidad Jurídica N°19, Tomo I, Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho, 2009. pp. 373-396.

60.- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “La Inconstitucionalidad por omisión”, McGraw-Hill, Madrid, año 1997.

61.- WELSEL, Hans, “Derecho Penal Parte General”, traducción Carlos Fontan. Roque de Palma Editor, Buenos Aires, año 1956.

62.- WELSEL, Hans. “Derecho Penal Alemán”. Editorial Jurídica de Chile, 12ª edición, 3ª edición castellana, año 1987.

63.- ZAPATA LARRAÍN, Patricio. “Las sentencias atípicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno”. Editorial Librotecnia. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Facultad de

Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Año 4 N°2, año 2006, pp. 175 a 187.

64.- ZUÑIGA URBINA, Francisco. "Sentencias del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. El valor del precedente". Editorial Librotecnia. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Año 4 N°1, 2006, pp. 151-172.

LEGISLACIÓN.

1. Constitución Política de la República.
2. Código de Procedimiento Civil.
3. Código Procesal Penal.
4. Código Orgánico de Tribunales.
5. Código Penal.
6. Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional D.F.L. N° 5. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, publicado el 10 de agosto de 2010.
7. Ley N° 20.050 Reforma Constitucional que introduce diversas modificaciones a la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

LEGISLACIÓN EXTRANJERA.

1. Constitución de la Nación Argentina.
2. Constitución de la Provincia de Rio Negro.
3. Constitución de Colombia.
4. Constitución de la República del Ecuador.
5. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
6. Constitución de la República Portuguesa.
7. Constitución de la República federativa del Brasil.
8. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador.
9. Constitución de la República de Yugoslavia de 1974.
10. Constitución del Estado de Chiapas.

JURISPRUDENCIA

- 1.- Sentencia Tribunal Constitucional Rol 325-2001.
- 2.- Sentencia Tribunal Constitucional Rol 349-2002.
- 3.- Sentencia Tribunal Constitucional Rol 389-2003.
- 4.- Sentencia Tribunal Constitucional Rol 437-2005.

- 5.- Sentencia Tribunal Constitucional Rol 558-2006.
- 6.- Sentencia Tribunal Constitucional Rol 1001-2007.
- 7.- Sentencia Tribunal Constitucional Rol 1017-2007.
- 8.- Sentencia Tribunal Constitucional Rol 1024-2008.
- 9.- Sentencia Tribunal Constitucional Rol 1170-2008.
- 10.- Sentencia Tribunal Constitucional Rol 1254-2008.
- 11.- Sentencia Tribunal Constitucional Rol 1602-2010.
- 12.- Sentencia Tribunal Constitucional Rol 1894-2011.
- 13.- Sentencia Tribunal Constitucional Rol 2132-2011.
- 14.- Sentencia Tribunal Constitucional Rol 2152-2011.
- 15.- Sentencia Tribunal Constitucional Rol 2159-2012.
- 16.- Sentencia Tribunal Constitucional Rol 2180-2012.
- 17.- Sentencia Tribunal Constitucional Rol 2358-2012.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

- 1.- Sentencia Corte Constitucional de Colombia Rol C-543-1996.
- 2.- Sentencia Corte Constitucional de Colombia Rol C-833-2006.
- 3.- Sentencia Corte Constitucional de Colombia Rol C-463-2008.
- 4.- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional Rol N° 2073-2003.

PÁGINAS WEB CONSULTADAS

<http://www.tribunalconstitucional.cl>

<http://http://www.bcn.cl>

<http://www.tsj.gov.ve>

<http://www.corteconstitucional.gov.co>

<http://www.cecoch.cl>

<http://www.scielo.cl>