

LAS PARTICULARIDADES DE LA FUNCIÓN DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

MANUEL ANTONIO NÚÑEZ
Universidad Católica de Valparaíso

INTRODUCCION

El estudio de nuestra jurisprudencia constitucional demanda en ocasiones alejarse de reflexiones sobre el contenido específico de la jurisprudencia material del Tribunal Constitucional, para concentrarse en aspectos de naturaleza procesal. ¿Puede el Tribunal Constitucional actuar de oficio? ¿En qué condición actúan los que pueden litigar ante él? ¿Cuáles son los efectos de las resoluciones de este Tribunal?, son algunas de las muchas preguntas que demandan un estudio particular sobre el *proceso constitucional*, como etapa previa a la toma de decisiones por parte de nuestra Corte Constitucional. Lo anterior es especialmente necesario tratándose de la función de control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto ésta, como se verá, no presentan las características propias de un proceso típicamente jurisdiccional. En efecto, el estado actual de la doctrina nacional sobre la Jurisdicción Constitucional demuestra un especial énfasis en el aspecto sustantivo de la jurisprudencia constitucional; el estudio acerca de la verdadera entidad de las funciones de nuestro Tribunal ha sido dejado de lado. La categoría especial del *Derecho Procesal Constitucional*, como algo diverso al *Derecho Constitucional procesal*, resulta aún una tierra inexplorada para nuestros constitucionalistas. Este contexto justifica, entonces, las reflexiones que hoy se presentan, como antecedentes de un estudio mayor sobre nuestro *Derecho Procesal Constitucional*.

Finalmente, en lo personal y anecdótico, nos tomamos la licencia de explicar algunas de las razones que nos han acercado a este terreno, particularmente descuidado por nuestros estudiosos. En el verano de 1995, el Tribunal Constitucional dictaba su polémica sentencia sobre el proyecto de ley sobre "*deuda subordinada*", haciéndose cargo, en su parte preliminar, de ciertas cuestiones hasta la fecha inéditas en esos estrados; se trataba de la cuestión procesal de los requisitos de interposición del requerimiento o acción de inconstitucionalidad. Si eso ya ameritaba un interés por estudiar lo nuevo, nuestra afición aumentó al tomar conocimiento de un requerimiento, formulado por un grupo de honorables parlamentarios, en uno de cuyos otrosíes se confería patrocinio y poder a un abogado de la capital "*con todas las atribuciones de ambos incisos del artículo 7º del Código de Procedimiento Civil*". Imaginar los *super poderes* de desistimiento, conciliación o transacción de un abogado, capaz de negociar con el "demandado" todo lo que no puede hacer una Comi-

sión Mixta o el Congreso considerado como totalidad, me parecía una cuestión insólita, en extremo decidora del desconocimiento que reina en nuestro medio sobre una cuestión tan importante como el Derecho del proceso que se ventila ante los estrados del Tribunal Constitucional.

I. LA FUNCION *JURISDICCIONAL* EN LOS PROCESOS DE CONTROL DE LOS ACTOS LEGISLATIVOS

1.1. La *Jurisdicción* constitucional y la *Justicia* constitucional

Los términos *jurisdicción* y *justicia* constitucionales ya son, a estas alturas del siglo, fórmulas de uso común en el Derecho Constitucional moderno. Aun cuando algunos autores las utilizan indistintamente, creemos conveniente distinguir un contenido diverso para cada una de ellas. En efecto, no da lo mismo caracterizar una función como *jurisdicción* que, simplemente, llamarla *justicia*. El significado de la *justicia constitucional* parece ser más amplio, y referirse, más bien, o al *resultado* de la función¹, o al género de instrumentos o *garantías constitucionales (latu sensu)* que tienden a dar eficacia a las normas fundamentales², o, más precisamente, al grupo de instrumentos o medios *jurisdiccionales* que garantizan la Constitución³ o al grupo de conceptos constituido "tanto por la *potestad* instituida para tutelar la aplicación del principio de supremacía de la Constitución (...) como a la *magistratura* y a la regulación de la *acciones, recursos y procedimientos* establecidos para posibilitar su cabal eficacia"⁴. Por sobre la envergadura de las diferencias conceptuales -que han hecho a algún grupo de autores⁵ denunciar la inexactitud del término- podrá apre-

¹ Algo así como el contenido de la sentencia, que hace *justicia* constitucional. Vid. en este sentido. BUSTOS, Ismael: "La Constitución, su interpretación y la Justicia Constitucional", en LRD., año IV n° 2 (1990), p. 61-62 y también su "Introducción al análisis de la Justicia Constitucional", en R.D. Pro., n° 15 (1988), p. 73. Sobre la aceptación de "hacer justicia" a la Constitución vid. RÍOS ALVAREZ, Lautaro: "La Justicia Constitucional en Chile" (con referencias al Derecho Comparado), en LRD., año II (1988) n° 1, p. 57.

² Aceptación amplia, cuya utilidad es destacada por FIX-ZAMUDIO, Héctor: "La Justicia Constitucional: Reflexiones comparativas", en LRD., año IV n° 2 (1990), p. 15. Sobre el pensamiento de este autor vid., también NOGUEIRA ALCALÁ. "La Justicia Constitucional como defensa de la Constitución" en RChD., XX, n° 2-3 (1993), T. I, pp. 418. En un sentido parecido se pronuncia CAPPELLETTI, Mauro: "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la Justicia Constitucional" (trad. Pablo de Luis Durán), en REDC, n° 17 (1986), p. 12: "La respuesta principal en términos de justicia legal al problema de la opresión puede expresarse con una fórmula ampliamente utilizada todavía hoy en Europa: justicia constitucional. Se utiliza para indicar que el poder del gobierno está limitado por normas constitucionales y que se han creado procedimientos e instituciones para hacer cumplir esta limitación".

³ Por ejemplo: KORSENIAK, Jorge: "La Justicia Constitucional en Uruguay", en LRD., año 3 (1990), n° 1, 2ª parte, pp. 105.; GONZALEZ RIVAS, Juan: *La Justicia Constitucional: Derecho comparado y español* (Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985), p. 20 y FALLER, Hans Joachim: "Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania" (trad. Carlos E. Haller), en EPol, n° 7 (1979), p. 47.

⁴ RÍOS ALVAREZ, Lautaro: "La Justicia Constitucional en Chile" (con referencias al Derecho Comparado), en LRD., año II (1988) n° 1, p. 59. Las cursivas son nuestras.

⁵ Vid. ARAGON REYES, M.: "El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978", en EPol, n° 7 (1979), p. 172. Otros, sin embargo, la defienden, vid. MURELO

ciarse que se trata de significados más amplios y menos precisos que la noción de jurisdicción.

Ahora bien, cuando hablamos de jurisdicción, evocamos una forma muy especial y técnica de ejercicio del poder estatal. En este sentido decimos que la función jurisdiccional difiere de la legislativa, de la administrativa y de la gubernativa, por cuanto tiene la virtud de decidir y resolver conflictos o situaciones⁶ de relevancia jurídica mediante decisiones dotadas de una especial fuerza vinculante, todo ello - por regla general- conforme a reglas preexistentes que no crea el órgano juzgador. Y como *función* que es, se ejerce por unos ciertos *órganos* capaces de *juzgar*, que pueden o no llevar el nombre de tribunales, y que pueden estar o no incluidos dentro de lo que se denomina como Poder Judicial (Cap. VI CPR.). Este es el sentido material o funcional de la jurisdicción, que difiere de la acepción orgánica con que a veces suele designarse a los órganos encargados de practicarla: la magistratura o judicatura constitucional⁷.

1.2. La Jurisdicción Constitucional

Si según el especial contenido o naturaleza de las reglas de decisión se habla de jurisdicción civil, laboral, penal o administrativa, pareciera ser que la jurisdicción constitucional sería aquella que tiene por objeto fallar con arreglo a la norma fundamental. Siempre que, claro está, esa decisión -y el proceso que la precede- revistan el carácter de jurisdiccionales. El problema de esta noción radica en que, conforme a nuestro ordenamiento constitucional, todos los órganos del Estado están vinculados por los mandatos constitucionales⁸, con lo que todos los órganos que juzgan están obligados a tener en cuenta la norma constitucional para emitir fallos. Este es, precisamente, uno de los aspectos de que se ha venido a denominar como el fenómeno de la *Constitucionalización del Derecho*⁹.

No basta entonces con que la norma constitucional esté dentro del haz de instrumentos normativos con que cuenta el juez para resolver los asuntos que conoce. Por el contrario, para hablar de jurisdicción constitucional en un sentido estricto, o si se quiere de una jurisdicción *puramente* constitucional, es menester que la norma justiciable sea una sola: la Constitución. Así, quienes conciben a la jurisdicción constitucional en un sentido funcional, suelen definirla como “una atribución para

DE LA CUEVA, Pablo: “El examen de constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria”, en *EPol.* n° 7 (1979), pp. 199-200 (quien acompaña su opinión con autores tales como CRISAFULLI, ELIA y ZAGREBELSKY).

⁶ Ya CALAMANDREI (*Instituciones de Derecho Procesal según el nuevo Código* [trad. S. Sentis M., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1943] p. 105) puso de manifiesto cómo ha dejado de ser de la esencia de la jurisdicción la existencia de un conflicto o *litis* que resolver. Lo relevante de la función jurisdiccional, para este autor, consiste en el *fin de garantizar la observancia de la práctica del derecho objetivo* (ibíd. p. 95), sea que se tenga, como objetivo inmediato, la tutela de un derecho subjetivo, la sanción a la transgresión de un precepto, sea que no (ibíd. 97-101).

⁷ Sobre este término, vid. RÍOS ALVAREZ, Lautaro: “La Justicia Constitucional en Chile” (con referencias al Derecho Comparado), en *LRD.*, año II (1988) n° 1, p. 59.

⁸ Vid. Art. 6° CPR.

⁹ Noción que, a pesar de contar con insignes representantes (por ejemplo a E. García de Enterría), no es compartida por la totalidad de la doctrina. Este último fue el planteamiento del profesor Antonio C. Pereira Menaut, en un coloquio recientemente desarrollado en la Universidad Adolfo Ibáñez de Viña del Mar (28-29 de agosto de 1996).

agotar controversias jurídicas sobre la base de una norma constitucional como *único* derecho justiciable y para asegurar la primacía formal y material de ese derecho¹⁰ o como una función que tiene por objeto resolver pretensiones fundadas *directamente* en una norma constitucional¹¹. Este modo de entender la jurisdicción constitucional, en cuanto la esparce en tantos órganos como cuantos sean los que detentan la función, se aleja un tanto de la concepción originaria del creador de la teoría de la jurisdicción constitucional, el jurista austriaco Hans Kelsen, quien diseñó, la *Verfassungsgesetzbarkeit* (jurisdicción constitucional) como una garantía jurisdiccional de la Ley Fundamental concentrada en un solo órgano¹², al que, paradójicamente, ni el propio Kelsen vio como un tribunal propiamente tal. Para el autor de la *Teoría Pura*, como a los muchos tratadistas que le siguieron, resultaba imposible asociar la facultad de anular o derogar, con efectos *erga omnes*, una ley vigente con la función jurisdiccional¹³. Por el contrario, le pareció una tarea más propia de la función legislativa (*negativer Gesetzgeber*, el “legislador negativo”) radicada en una magistratura organizada como un tribunal.

Nuestro sistema constitucional también se alejó de la teoría kelseniana, puesto que extendió la jurisdicción constitucional a los varios órganos que hoy cumplen la función de aplicar la Carta Fundamental como único Derecho justiciable, esto es: en ciertos casos los jueces de letras¹⁴; las Cortes de Apelaciones conociendo de los recursos de protección, los tribunales que conocen del amparo¹⁵; la Corte Suprema conociendo la segunda instancia de la acción de protección, la acción de reclamación de la nacionalidad, el recurso de inaplicabilidad y la acción de calificación de sen-

¹⁰ ALDUNATE LIZANA, Eduardo: “Jurisdicción constitucional y cosa juzgada constitucional”, en RChD., XX, nº 2-3 (1993), T. I, p. 355.

¹¹ MORTATI, Constantino: *Istituzioni di Diritto Pubblico* (Cedam, Padova, 1960, Italia), p. 869, traducción libre. En un sentido similar, aunque pensando en la atribución de esta función a órganos jurisdiccionales independientes de la común organización judicial, se pronuncia GONZALEZ PEREZ, Jesús: *Manual de Derecho Procesal Constitucional* (Ed. Civitas, Madrid, 1990), p. 75: “En cuanto el conocimiento de las pretensiones fundadas en normas de Derecho Constitucional se atribuye a (sic) órganos jurisdiccionales independientes de la común organización judicial, puede hablarse de una jurisdicción constitucional”.

¹² KELSEN, Hans: “La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)”, en RDPSP. (1928), pp. 197-257.

¹³ “Anular una ley significa poner una norma general ya que tal anulación -por sus efectos erga omnes- tiene el mismo carácter de generalidad que la producción de la ley, siendo, por así decirlo, una producción de signo negativo, y por tanto una función legislativa. Es un tribunal que tiene el poder de anular las leyes y, en consecuencia, órgano del poder legislativo”. Tomamos la traducción de A.C. PEREIRA M.: *Lecciones de Teoría Constitucional* (Edersa, Madrid, 1987) p. 258. “Para Kelsen, el Tribunal Constitucional no es propiamente un tribunal, porque un tribunal es un órgano que aplica una norma a unos hechos concretos, esto es, enjuicia situaciones y hechos específicos. Y el Tribunal Constitucional Kelseniano no cumple tal función, pues se limita a controlar la compatibilidad entre las normas igualmente abstractas: la Constitución y la ley que aparece teñida de un posible vicio de inconstitucionalidad” (FERNANDEZ SEGADO, Francisco: *La jurisdicción constitucional en España* [Madrid, 1984], p. 31).

¹⁴ Cuando juzguen y declaren la nulidad de Derecho Público.

¹⁵ Donde a la competencia de las Cortes de Apelaciones (Art. 307 CPP.) se agrega la de las Cortes Marciales (Art. 139 CJM.). A diferencia del recurso de protección, el tribunal competente de amparo no está fijado a nivel constitucional; el constituyente ha dejado esa tarea a la ley (Art. 20 inciso 1º CPR.).

tencias del Art. 19 N° 7, letra i); el Senado conociendo la acusación constitucional y resolviendo contiendas de competencia; los Tribunales electorales y, finalmente, el Tribunal Constitucional. En cuanto a la organización de esta última magistratura se alejó también del modelo original destinado a abrogar preceptos legales vigentes, puesto que, como se verá, las competencias de nuestro TC. se ejercen principalmente antes que la ley se publique en el Diario Oficial.

Hay que aclarar, en todo caso, que aparte de la idea del *único Derecho justiciable* existe otro aspecto del fenómeno que, en alguna medida sirve, para centrar el contenido y particularidades de la jurisdicción constitucional *stricto sensu*. Este es el particular contenido de los *conflictos o litigios* constitucionales, entendidos éstos últimos también en sentido estricto, no como cualquier pretensión entre personas comunes y corrientes acerca del contenido de la norma fundamental, sino como el encuentro de los que tienen, en el fondo, el poder sobre ese único Derecho justiciable¹⁶. La explicación de este tópico, muy importante para el desarrollo del control previo, se desarrollará más abajo, con ocasión de las notas que -precisamente- distinguen la función de nuestra Corte Constitucional del resto de los tribunales de la nación.

Con todo, hasta aquí sólo hemos resuelto el problema del *único Derecho aplicable* y enunciado la particularidad del *conflicto o litigio constitucional*, mas no las características de la decisión que lo aplica como la del proceso que precede a la toma de esa decisión. Es necesario, entonces, volver sobre el aspecto jurisdiccional de la función aplicadora de esas normas.

1.3. La jurisdicción constitucional

Hay muchos casos en que quien resuelve tomar tal o cual decisión tomando como única regla de conducta la Carta Fundamental, no juzga. Así por ejemplo, cuando la Contraloría General de la República desiste de tomar razón de un decreto o resolución del Presidente de la República por considerarlo contrario la Constitución o cuando la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado propone declarar inadmisibles un proyecto de ley por encontrarlo, también inconstitucional. Para estos casos, nadie pensará que la Contraloría o que la Comisión del Senado han hecho ejercicio de una función jurisdiccional. Efectivamente, esos órganos no ejercen funciones jurisdiccionales, sólo deciden conforme a la Constitución. Para que esa decisión revista las características de una decisión jurisdiccional es necesario que esté provista de una característica esencial de las decisiones de tal naturaleza: la cosa juzgada. Por otra parte, también es menester que se haya precedido de una serie de actos concatenados para ese fin: el proceso. Todo ello ante el órgano habilitado por la ley para declarar el Derecho en el caso concreto: el órgano jurisdiccional.

Hay entonces una serie de evidencias posibles y necesarias de indagar para averiguar la naturaleza del órgano que toma sus decisiones con arreglo a la Ley Fundamental. La existencia de partes que actúan ante un órgano que decide (normalmente llamado juez), la sujeción a ciertas reglas para debatir llamadas procedimiento, la existencia de un cierto lenguaje de diálogo judicial y varios otros materiales peculiares constituyen elementos indiciarios para detectar la existencia de la función jurisdiccional. Fuera de estos elementos formales, existen otros de materiales o sustancia-

¹⁶ En este sentido, vid.: SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución* (s. trad. Ed. Nacional, México, 1966), p. 135.

les, más importantes a la hora de juzgar cuando estamos ante aquella función jurisdiccional, nos referimos a los especiales efectos de la decisión: la cosa juzgada¹⁷.

Desde otro punto de vista, el *status de órgano constitucional* que la doctrina y el Derecho Constitucional Comparado¹⁸ reconocen a las Cortes Constitucionales no nos dice mucho acerca de la naturaleza de la variada gama de funciones que ellos suelen ejercer. El TC., en tanto órgano constitucional, es un ente de plurívoca significación jurídica. En efecto, no da lo mismo que actúe como tribunal de conflictos a nivel de órganos constitucionales¹⁹ o de Estados a nivel de una federación²⁰, a que actúe como órgano consultivo en materias de alta complejidad política²¹. Son las funciones las que le otorgan carta de naturaleza al órgano, y no viceversa.

Tampoco basta, a nuestro parecer, con el solo reconocimiento en las funciones de los Tribunales Constitucionales de lo que sería una especie de cuarta función, distinta de las funciones clásicas del poder estatal, suerte de "función contralora o neutra"²². Es necesario, a nuestro juicio, descender a la especialidad de cada una de las competencias que la Constitución le entrega a la magistratura constitucional.

¹⁷ Vid. COUTURE, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Ed. Depalma, 3ª ed., 6ª reimpr., Buenos Aires, 1990) p. 36.

¹⁸ En este sentido vid.: GECK, Wilhelm: "Nombramiento y status de los magistrados del Tribunal Constitucional Federal Alemán" (trad. J. Puente Egido), en REDC., n° 22 (1988), p. 196; LEIBHOLZ, Gerhard: "El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política", en *EPol.*, n° 146 (1966), p. 95; PIERANDREI, Franco: Corte Costituzionale, en *Enciclopedia del Diritto* (Ed. Giuffrè, Milán, 1962) T. X, p. 890 ss.; SCHLAICH, Klaus, en AA.VV.: *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales (coloquio en Aix-en-Provence, Francia, 1981)* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984), p. 139; STEINBERGER, Helmut: "Algunos rasgos fundamentales de la justicia constitucional en la República Federal Alemana", en *EPol.*, n° 51 (1986), p. 10; WEBER, Albrecht: "La Jurisdicción Constitucional en Europa occidental: Una comparación", en REDC. n° 17 (1986), p. 56.

¹⁹ Así es el caso del Tribunal Constitucional austríaco, el italiano, el alemán, el español y el belga (para todo, vid.: FAVOREU, Louis: *Los Tribunales Constitucionales* (trad. Vicente Villacampa, Ariel, Barcelona, 1994, *passim*). En nuestro sistema constitucional dicha función se ha radicado en la justicia ordinaria y en el Senado.

²⁰ Como es el caso alemán, austríaco, portugués y, *mutatis mutandis*, el caso español con las competencias de las comunidades autónomas.

²¹ Así, por ejemplo, el caso francés. El artículo 16 de la Constitución de 1958 ordena al Presidente de la República consultar, entre otras autoridades, al *Conseil Constitutionnel*, y siempre que el funcionamiento regular de los poderes públicos esté interrumpido, antes de tomar cualquier medida extraordinaria para enfrentar las crisis derivadas de las amenazas a las instituciones de la República, la independencia de la nación o la ejecución de los acuerdos internacionales. Atribución reglada en los artículos 52-54 de la Ley Orgánica del Consejo Constitucional.

²² Vid. la exposición de la tesis del *poder neutro* para nuestro TC: en RIBERA NEUMANN, Teodoro "El Tribunal Constitucional", en RChD., XI, n° 2-3 (1984), pp. 339-349, especialmente pp. 340-347; "El Tribunal Constitucional y su aporte al desarrollo del Derecho", en E.P., n° 34 (1989), pp. 195-228 y "Función y composición del Tribunal Constitucional de 1980", en E.P., n° 27 (1987), pp. 77-129, especialmente pp. 77-97. En todo caso, ni éste ni los otros autores que recogen los postulados de Benjamín Constant, se contentan con el solo adjetivo del cuarto poder, por el contrario, suelen pronunciarse acerca de la naturaleza jurisdiccional del TC.

II. NOTAS JURISDICCIONALES DEL TC. SU APARIENCIA JURISDICCIONAL

Partiendo del más viejo de los métodos de investigación, éste es el que parte de la mera observación de la realidad, podemos afirmar que existen ciertas características de nuestro TC. que corresponden a algunas notas que también se presentan en los tribunales comunes. En efecto, hay magistrados permanentes y subrogantes²³, relatores, oficiales de sala, procesos y expedientes numerados, sentencias, acciones, etc. Aún más, pareciera que también en las mentes de nuestros jueces constitucionales -o de quienes lo han sido- ronda algo así como la percepción de pertenecer a un órgano jurisdiccional propiamente tal, convicción que se ha traslucido tanto de sus fallos²⁴, como de sus opiniones personales²⁵. En ocasiones, esa percepción se ha extremado y se ha llegado, incluso, a sostener la aplicación en sede constitucional de preceptos formalmente inaplicables al TC²⁶.

Una rápida revisión del estatuto orgánico de nuestro tribunal, nos evoca las bases propias de toda función jurisdiccional. Así, pueden encontrarse referencias a la independencia o autonomía del órgano (art. 1º LOTC.), un estatuto particular de sus ministros (arts. 2-25, 74-90 LOTC.), principios tales como la inexcusabilidad, la pasividad y la publicidad (art. 3 y 4 LOTC.), alusiones a los conceptos de jurisdicción o competencia (arts. 3 y 18 LOTC.) -incluso a la llamada jurisdicción disciplinaria (art. 84 LOTC.)-, menciones y reglas de lo que se llaman "*actuaciones*" (art. 4 LOTC.), "*diligencias*" (id.), "*resoluciones*" (arts. 29 y 32 LOTC.), "*decretos*" y "*providencias*" (arts. 8 y 9 LOTC.), y finalmente, "*fallos*" o "*sentencias*" (arts. 8, 14, 31, 45 y 62 LOTC.). Si a ese panorama formal agregamos algunos síntomas de fon-

²³ Llama la atención que nuestra CPR. no contemple esta modalidad extraordinaria de integración (arts. 13 y 14 LOTC), circunstancia que torna muy dudosa la constitucionalidad de dichos cargos. Este antecedente se encuentra incluso confirmado por la historia fidedigna de la LOTC; en efecto, la Secretaría de Legislación de la H. Junta de Gobierno, en marzo de 1981, informó negativamente aquella parte del proyecto de LOTC que consultaba la existencia de magistrados integrantes por tratarse de "una situación no prevista en la Constitución" (vid. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 17.997, p. 118). El TC., no obstante, al controlar su propia ley orgánica, no reparó en dicho vicio.

²⁴ En este sentido, y muy tempranamente, vid. el cons. 6º de la STC de 26 de septiembre de 1984, en RFJ, I, p. 165. Esta percepción se aprecia también en el uso del lenguaje, en que encontramos a título ejemplar, frases como "materia en litis" (cons. 2º, STC de 4 de octubre de 1993 [RDJ., 90.2.2.5, p. 120], redactada por el ministro Colombo) o "mérito del proceso" (cons. 9º, STC de 6 de diciembre de 1994 [RDJ., 91.3.2.5, p. 148], redactada por el ministro Bulnes; cons. 13º, STC de 31 de julio de 1995 [RDJ., 92.2.2.5., p. 123], redactada por el ministro Jiménez y cons. 7º, STC de 15 de diciembre de 1995 [inéd.], redactada por el ministro Colombo).

²⁵ Don Marcos ABURTO OCHOA, quien otrora fuera presidente del TC. ha afirmado varias veces que dicho órgano "es un tribunal verdadero, con jueces independientes" (MS, 26 de febrero y 18 de agosto de 1995). Don Manuel JIMÉNEZ BULNES, su actual presidente, ha emitido pareceres tales como "¡Es un tribunal! Está en situación de ejercicio de la jurisdicción" (entrevista en MS, 3 de septiembre de 1995). De otra parte, don Juan COLOMBO CAMPBELL, magistrado del TC., en conferencia dictada en la Sala de Consejo de la Universidad de Valparaíso el día 22 de junio de 1996, afirmó e insistió sobre la naturaleza jurisdiccional del TC.

²⁶ Así, por ejemplo, la aplicación del art. 109 del COT. (cons. 5º, STC 15 de diciembre de 1995 [inéd.]) o del art. 73 CPR. (ibíd., cons. 4º).

do, como lo es la relativa *juridicidad* del conflicto, la existencia (en algunos casos) de reclamos o *acciones* que inician un proceso que precede a la *resolución* del conflicto, que ha de motivarse siempre en la Constitución, pareciera que el único lugar donde podríamos colocar las funciones del TC. es la sede jurisdiccional.

Un análisis más a fondo de las competencias preventivas del tribunal, no permite, sin embargo, llegar a la misma conclusión. Si persistimos en nuestra observación, nos daremos cuenta que bajo la forma judicial no siempre encontramos el fondo jurisdiccional. En efecto, podemos formularnos sólo un par de preguntas para comenzar a constatar que esa función que parece tan judicial, en el fondo, no lo es tanto. O al menos lo es más en la forma que en el fondo. ¿Habrá siempre un conflicto que resolver?, ¿serán los involucrados en el proceso, personas similares a los litigantes de cualquier tribunal?, ¿será cierto que el tribunal actúa siempre a instancias de parte? ¿cuáles serán los efectos de sus resoluciones? ¿agotarán éstas últimas acaso el conflicto? ¿cómo habrán éstas de cumplirse? etc.

La cuestión radica, entonces, en concluir si estas características son tan gravitantes como para concluir que nuestro TC. es un tribunal como cualquier otro. La respuesta a este punto nos permitirá mejor juzgar el comportamiento del órgano y de las personas que intervienen ante él; ello será, por cierto, muy útil para resolver ciertos aspectos problemáticos que ha debido enfrentar nuestro TC. en el último tiempo. Sobre esta materia, y reiterando una idea ya expuesta, parece en todo caso necesario recordar que la naturaleza jurisdiccional del órgano no es algo que le venga dado *per se*, por el contrario, lo razonable es determinar la naturaleza particular del órgano tomando en cuenta el particular sentido de sus funciones. Son, como ya se ha dicho, las funciones las que le dan carta de naturaleza al órgano, y no al revés. Para todo esto, y luego de pasar revista el estado de la cuestión, será necesario indagar más en los aspectos que distinguen la función de control de los actos legislativos, que en aquellos que la asimilan a la función jurisdiccional propiamente tal.

2.1. La apreciación de la doctrina y la idea del constituyente de 1980

Aun cuando no es nuestro propósito adentrarnos en una polémica que para algunos ya está superada²⁷, parece oportuno pasar revista al pensamiento iuspublicista en torno al tema. Este breve excursus, pensamos, sirve para notar cuanto mayores pueden ser, frente al control anulatorio o represivo, las diferencias del control constitucional *a priori* de las normas legales con la función judicial tradicional.

Pues bien, la primera percepción que se produce al recorrer la doctrina publicista nacional es que, al momento de cualificar la naturaleza de las Cortes Constitucionales, el tratamiento doctrinal nacional suele ser demasiado generalizante. Se habla de función jurisdiccional de TC. como si todo lo que dicho órgano fuera, en todos los casos, verdadera e invariablemente jurisdiccional. Uno de los autores que en nuestro país ha estudiado con mayor profundidad el fenómeno de la justicia constitucional, el profesor Lautaro Ríos, ha escrito: "la naturaleza jurisdiccional de este poder (el del TC.) radica en la absoluta independencia de todo poder político (...), en la sujeción a procedimientos que contemplan todas las garantías de un proceso justo y racional; y, principalmente, en que la razonabilidad de sus decisiones esté basada, no en un criterio o voluntad política, sino en el precedente jurídico de la norma fundamental, la Constitución, o en los criterios -también jurídicos- interpretativos de sus

²⁷ Vid. RUBIO LLORENTE, Francisco: *La forma del poder* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993), p. 497.

principios, valores o de los elementos que proporciona la ciencia del Derecho en esta materia (...). En resumen, si la jurisdicción es la potestad que tiene un tribunal para conocer y juzgar el asunto entregado a su decisión con criterios jurídicos preestablecidos, no cabe duda que la jurisdicción constitucional es un poder de esta misma naturaleza²⁸. Observaciones similares se emitieron para nuestra magistratura constitucional en su breve periodo de funcionamiento durante la década de los setenta²⁹ y se han seguido formulando para el Tribunal creado por la Constitución de 1980³⁰.

Aunque el constituyente de 1980, al igual que su homólogo de 1970, quiso siempre juridificar al máximo las funciones de TC:, como asimismo depurarlas de toda influencia política, el resultado de su obra no correspondió nunca a lo que técnicamente es un verdadero tribunal, como órgano de resolución definitiva de conflictos. Y esto no fue porque nuestros respetables comisionados no supieran hacer bien su trabajo sino porque no podían, sin renunciar a las competencias preventivas, crear un órgano perfectamente jurisdiccional allí donde, entre otras cosas, jamás entraría a jugar el principio de la fuerza de cosa juzgada.

Si se revisan las actas de la Comisión Ortúzar³¹, se encontrarán diversas referencias a la naturaleza técnica o jurídica³² de la función a desarrollar por el órgano que se proyectaba, aún a pesar y reconociendo la naturaleza política de varios de los asuntos que debía conocer³³. No obstante las constantes alusiones a ese “tecnicismo” o “juridicidad”, y en cuanto no se revisaron los supuestos con que ya había sido creado en 1970, el constituyente no pudo elevar la función revisora de la constitucionalidad de la ley -especialmente cuando ésta era preventiva- a la categoría de función jurisdiccional.

2.2. El pensamiento foráneo

Para no caer en errores de extensión, hay que precisar, en primer lugar, que no todos los Tribunales Constitucionales, donde los hay, son iguales. Por el contrario, pueden llegar a ser muy distintos según las competencias y según las culturas políticas en las que se insertan. Lo que se diga acerca de un órgano como el *Conseil Constitutionnel* francés, inmerso en la especialísima cultura jurídica gala, será evidentemente muy distinto a lo que diga algún autor alemán sobre las también particulares características de su *Bundesverfassungsgericht*. Esto, por obvio que parezca, no está de más recordarlo aquí, cuando nos referimos al tratamiento doctrinal que se hace de las

²⁸ “La Justicia Constitucional en Chile” (con referencias al Derecho Comparado), en LRD., año II (1988) n° 1, p. 61.

²⁹ PIEDRABUENA R., Guillermo: *La reforma constitucional* (Ediciones Encina, Santiago de Chile, 1970), p. 115 y SILVA CIMMA, Enrique: “El Tribunal Constitucional Chileno bajo la Constitución de 1925, reformada en 1970”, en LRD., año II (1988) n° 1, p. 179.

³⁰ Por todos vid.: BERTELSEN, Raúl: Comentarios a la ponencia de don T. Ribera N., en REP. 27, p. 116 y 127, donde se insiste en la función “netamente jurídica” de nuestro TC. También: VERDUGO M., Mario; PFEFFER U. Emilio; NOGUEIRA A., Humberto *Derecho Constitucional* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993) T. II, donde se califica al órgano como “tribunal de derecho” (p. 235).

³¹ Especialmente las sesiones 4ª, 344ª, 349ª, 353ª, 354ª, 358ª, 359ª, 360ª, 365ª, 415ª, y 417ª.

³² Vid., especialmente, lo expresado en diversas ocasiones, por la comisionada Señora Luz BUJNES (especialmente S. 358ª, p. 2.339 y 359ª, p. 2.349 y 2.359) y por el comisionado Señor Gustavo Lorca (S. 358ª, p. 2.339).

³³ Vid., por ejemplo, intervenciones del Señor G. LORCA (S. 358ª, p. 2.339) y R. BERTELSEN (S. 358ª, p. 2.340).

funciones de las Cortes Constitucionales. En todo caso, tratándose de la función de control de la constitucionalidad de la ley, podemos separar claramente el sistema francés (de marcado énfasis en el control *a priori*) del resto de los sistemas europeos continentales. El sistema anglosajón americano y el sistema inglés de control, caen fuera, claro está, de toda esta prospección dogmática³⁴.

En aquellos países en que el control *a priori* de constitucionalidad de la ley ocupa un lugar de privilegio, la cuestión en torno a la naturaleza de la función tiene un matiz muy distinto a aquellos lugares en el que la técnica del control *a priori* ocupa un lugar de postergación. Y esto es muy obvio, especialmente si tenemos en cuenta que en los casos de control *a priori* el Tribunal interviene durante la fase de gestación de la ley, mientras que en los casos de control represivo la Corte interviene una vez que la norma se encuentra ya perfeccionada como tal. Como se verá en su oportunidad, el control *a posteriori*, sin asimilarse totalmente, se acerca un *poco más* a la función jurisdiccional que el control preventivo. Sin embargo, este "poco más", tampoco supone una asimilación total a la función jurisdiccional; en efecto, incluso dentro de la polémica acerca de la justicia jurisdiccional -en la que han tenido participación los más autorizados e influyentes juristas del presente siglo- la naturaleza no jurisdiccional de "guardián de la Constitución" era algo que bien quedaba fuera de discusión. Así como para el padre de la *Verfassungsgerichtbarkeit*, como también para quien fuera su más duro detractor, el órgano en quien debía caer la guarda de la Constitución no era propiamente un tribunal.

Tanto para Hans Kelsen³⁵, como para Carl Schmitt³⁶, el Tribunal Constitucional no podía ser jamás un verdadero juez. Para el primero, porque el juez constitucional era un órgano que enjuiciaba normas y no hechos o situaciones específicas; se trataba de un órgano que comparaba normas igualmente abstractas; la Constitución y la ley era, en el fondo, una especie "legislador negativo". Para el segundo, porque jamás la Constitución podía ser objeto de un proceso, sin terminar politizando aquello que parecía ser ejercicio de la función judicial; en el decir del maestro

³⁴ En el caso americano, como se sabe, el control de constitucionalidad se radica en todos los tribunales de la nación y se gobierna por las reglas del precedente del Tribunal Supremo. El caso inglés, paradigmático por su tradicional falta de control judicial de la ley, obviamente tampoco sirve de modelo útil de comparación. Con todo, la integración de este último país a la Comunidad Económica Europea, empieza a alejar esa vieja concepción de la ley como la norma que podía hacerlo todo, excepto convertir un hombre en una mujer.

³⁵ Op. cit. n. 12, *passim*. También su *Teoría Pura del Derecho*, en su traducción de la 1ª ed. alemana de 1934 (por M. Nilve, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 31ª reimpr., 1991) p. 155-161 y la traducción de la 2ª ed. alemana de 1960 (por R. Vernengo, Ed. Porrúa, 1ª ed., México, 1991), p. 273-284, también su *Teoría General del Estado* (Trad. L. Legaz L., Ed. Nacional, 15º ed., México, 1969) p. 332-333. + *Teoría General del Derecho y del Estado* (Trad. E. García M., Ed. Unam, México, 1969), p. 185; todas obras donde se pone énfasis en la legislación ya producida y donde el control previo o suspensivo se concibe como una especie de veto en manos del monarca, nunca en manos de un verdadero juez.

³⁶ Vid. su *Der Hüter der Verfassung* (1929), o *La defensa de la Constitución* (Trad. M. Sánchez Sarto, Ed. Tecnos, Madrid, 1983). A esta obra, también traducida como *El guardián de la Constitución*, contestó Kelsen con su célebre "¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?" (*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, en *Die Justiz*, 1930-1931, *Helt* 11-12, Bd., VI, 576-628).

alemán, entregar la función de dirimir los conflictos de interpretación constitucional sin transformarlos en una cuestión política no era sino “una turbia ficción”³⁷.

Si estos juicios se emitieron en los orígenes de lo que se conoce como el sistema de control concentrado de represión, parece poco probable pensar que habrían sido distintos tratándose de la modalidad de control preventivo, a todas luces más lejana de la función jurisdiccional tradicional. Piénsese que el mismísimo Piero CALAMANDREI, en sus comentarios sobre el control a posteriori³⁸ de la *Corte Costituzionale* de Italia, negó el carácter jurisdiccional de dicha función porque “ninguno de los síntomas que se indican como típicos de la función jurisdiccional se encuentran en este control general de constitucionalidad: no se encuentran el carneluttiano de la «litis» y de su composición (...), no se encuentran el chiovendano de la actuación de la ley en sus voluntades concretas, porque aquí el control de la Corte no se dirige a garantizar que la legalidad sea respetada en el momento en que la norma abstracta se especifica y se hace concreta, sino que se dirige a garantizar la legitimidad de la ley en un momento anterior, esto es, antes de su aplicación, cuando se pone como mandato general y abstracto. El control de la Corte Constitucional afecta la ley en su momento normativo, no en su momento jurisdiccional: la misma no es, por consiguiente, en esta atribución suya, un órgano judicial, sino más bien como piensa Kelsen, un órgano paralegislativo o superlegislativo, que a través del control de legitimidad puede ejercitar sobre las leyes ordinarias, aunque sea con las garantías del debate público y de la motivación, una especie de derecho a veto, o mejor un poder legislativo solamente negativo, esto es, un poder legislativo abrogante”.

Con todo, CALAMANDREI reconocía un cierto parentesco entre la función de control represivo y la función jurisdiccional. Este consistía en que el tribunal no anula la ley para sustituirla por otra, considerada políticamente más conveniente, sino sólo “para hacer respetar la ley vieja” (la norma constitucional), “por eso su función, aún siendo en su efecto legislativa (abrogante) se asemeja en sus premisas a la de un tribunal: quita vigor a las leyes con eficacia general y abstracta (y en este sentido su función es legislativa), pero hace esto en aplicación de una ley preexistente y superior”³⁹. Más adelante, este mismo autor pudo encontrar otra filiación entre la función de control y la función jurisdiccional: la finalidad u objeto del proceso como una forma de resolver conflictos de poderes y no un simple conflicto de normas⁴⁰.

Actualmente, sin embargo, el panorama pareciera ser distinto. Son muchos ya los autores que consideran a sus respectivos tribunales constitucionales como verdaderos órganos de jurisdicción⁴¹. El problema, claro está, radica, a la vez, en la gene-

³⁷ *Teoría de la Constitución* (s. trad. Ed. Nacional, México, 1966), p. 139. SCHMITT pensaba, realmente, en que el poder del guardián de la Constitución de Weimar debía recaer, siguiendo la huella de Benjamin CONSTANT, en la figura del Presidente del Reich (vid. *La defensa de la Constitución*, cit., p. 213 y ss.).

³⁸ CALAMANDREI, PIERO: *Estudios sobre el proceso civil* (trad. S. Sentis M., Ed. E.J.F.A., Buenos Aires, 1986). T. III, p. 83 y ss. En cuanto a la competencia preventiva, ésta se limita a las llamadas “leyes regionales”, vid. FAVOREU, Louis: *Los Tribunales Constitucionales* (trad. Vicente Villacampa, Ariel, Barcelona, 1994) p. 90.

³⁹ Op. cit., p. 85-86.

⁴⁰ Op. cit., p. 100-107.

⁴¹ Para el *Bundesverfassungsgericht* alemán, vid., por ejemplo, SCHLAICH, Klaus: “El Tribunal Constitucional Federal alemán” en AA.VV., *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales (coloquio en Aix-en-Provence, Francia, 1981)* (Centro de Es-

ralidad y particularidad de esas afirmaciones. Generalidad en cuanto, en ocasiones, se califica de jurisdiccional al órgano sin descender a las particularidades de sus funciones (que pueden no serlo). Y particularidad, por cuanto se trata, como es obvio, de opiniones difíciles de extrapolar a los muchos kilómetros físicos e intelectuales que nos separan del continente europeo. En todo caso, es ilustrativo recordar que quienes se empeñan por ver una jurisdicción allí donde, como se verá más adelante, pocas veces hay acción y donde nunca hay cosa juzgada, suelen asociar la función de control de constitucionalidad con la espuria condición de la *jurisdicción voluntaria*⁴². A nuestro parecer eso dice mucho.

2.3. Judicialización versus jurisdiccionalización. El problema de la legitimidad de la magistratura constitucional

Por último, desde el punto de vista político-jurídico, hay que decir que los órganos constituyentes o legisladores, más que perseguir una verdadera jurisdiccionalización del control de los actos legislativos, lo que han querido es judicializarlo. Y esto no es lo mismo.

En efecto, una cosa es dotar al órgano de poderes jurisdiccionales puros y verdaderos, y otra, muy distinta, es revestir sus funciones de una cierta apariencia de judicialidad. La forma judicial, sin duda, resulta un elemento muy positivo para

tudios Constitucionales, Madrid, 1984), p. 139; autor para quien la jurisdicción constitucional es una verdadera jurisdicción; FALLER, Hans Joachim: "Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania" (trad. Carlos E. Haller), en *EPol.* n.º 7 (1979), p. 56; ; WEBER, Albrecht: "La Jurisdicción Constitucional en Europa occidental: Una comparación", en REDC. n.º 17 (1986), p. 80; LEIBHOLZ, Gerhard: "El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política", *EPol.* n.º 146 (1966), p. 89. Para la *Corte Costituzionale* de Italia, vid.: MORTATI, Constantino: *Istituzioni di Diritto Pubblico* (Cedam, Padova, 1960, Italia) p. 929-930; CAPPELLETTI, Mauro: "El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo" (trad. J. Rodríguez Zapata), en REDC., n.º 4 (1982), pp. 19 (cita bibliografía en contra) y PIZZORUSSO, Alessandro: *Lecciones de Derecho Constitucional*, (trad. Javier Jiménez Campo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984), p. 31.

Respecto al *Conseil Constitutionnel* francés vid. PARDO FALCON, Javier: *El consejo Constitucional Francés* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1990), p. 525 y ss.; HAURIOU, André: *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques* (Ed. Montchrestien, Paris, 1970), p. 917. Para el Tribunal Constitucional español vid. GONZALEZ DELEITO, N.: *Tribunales Constitucionales. Organización y funcionamiento* (Tecnos, Madrid, 1980), p. 13; FERNANDEZ SEGADO, Francisco: *La jurisdicción constitucional en España* (Madrid, Ed. Dickynson, 1984), p. 51; GARCIA MARTINEZ, Asunción: *El recurso de inconstitucionalidad. El proceso directo de inconstitucionalidad* (Ed. Trivium, Madrid, 1992), p. 53; GASCON ABELLAN, Marina: "La Justicia Constitucional: entre legislación y jurisdicción", en REDC. n.º 41 (1994), p. 87; PECES BARBA, Gregorio: "El Tribunal Constitucional", en *El Tribunal Constitucional* (Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981), vol. III, p. 2064; GARRIDO FALLA, Fernando, en AA.VV., *Comentarios a la Constitución* (Ed. Civitas, Madrid, España, 1980), p. 1693.

⁴² Por todos, vid. CARNELUTTI y CAPPELLETTI, cit. en QUIROGA CUBILLOS, Héctor: *El proceso constitucional* (Ed. Librería del profesional, Bogotá, 1985), p. 14. También ALMAGRO NOSETTE, cit. por FERNANDEZ SEGADO, Francisco: *La jurisdicción constitucional en España* (Madrid, Ed. Dickynson, 1984), p. 189.

elevar el grado de legitimidad de la magistratura constitucional⁴³; alguien ha escrito que la posición jurisdiccionalista de las Cortes Constitucionales tiene precisamente como "motor el temor a la politización del Tribunal Constitucional"⁴⁴. La existencia de ciertas autoridades llamadas jueces, resolviendo a través de sentencias fundadas en criterios jurídicos, no cabe en duda que diferencia la función de control de la actividad política. Sin embargo, la intensificación de esas apariencias y formas judiciales -a través de la asunción de la forma y del fondo jurisdiccional -no sirve en nada a los fines verdaderos de la justicia constitucional, especialmente cuando ella opera para poder resolver los verdaderos litigios constitucionales.

Sin duda que, para un análisis de la justicia constitucional comparada, las observaciones anteriores demandan muchas precisiones. Pero para el caso chileno, en que el control a priori de la constitucionalidad de la ley constituye el *fuerte* de las atribuciones del TC., puede ser muy útil tenerlas a la vista. Sobre todo si se tienen en cuenta los profundos cuestionamientos hechos a la naturaleza del control judicial a posteriori. Resulta a todas luces sugerente la circunstancia que, tanto los defensores de la *garantie jurisdictionnel* como sus más duros detractores hayan dudado bastante acerca de la verdadera naturaleza jurisdiccional de la función.

III. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY COMO ELEMENTO CENTRAL O ESENCIAL DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL

En una visita reciente a Chile⁴⁵, el profesor y magistrado español Francisco RUBIO LLORENTE, destacaba los dos órdenes en torno a los cuales se podía organizar en un país determinado la llamada Jurisdicción Constitucional: o podía centrarse en la defensa de los derechos y libertades fundamentales, o bien, podía articularse como medio de defensa de la legalidad constitucional⁴⁶. El profesor italiano Mauro CAPPELLETTI ha distinguido en sus trabajos tres sectores que él denomina como jurisdicción constitucional de la libertad, jurisdicción constitucional orgánica y, en tercer lugar, la transnacional⁴⁷. Cuantos sean, sin embargo, estos espacios en los que

⁴³ En este sentido, vid. DE OTTO PARDO, Ignacio: La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional, en *El Tribunal Constitucional*, (Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981), vol. III, p. 1939.

⁴⁴ MARTINEZ SOSPEDRA, Manuel: El Tribunal Constitucional como órgano político, en *El Tribunal Constitucional* (Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981), vol. II, pp. 1796. Para otros autores, la judicialidad es elevada al nivel de principio rector que debe respetar cualquier órgano legislativo o constituyente que desee reglamentar órganos de esta naturaleza (Vid. DE VEGA GARCIA, en AA.VV.: *Constitución Española. Edición comentada* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979), p. 340.

⁴⁵ En su conferencia sobre la Justicia Constitucional, dictada en el Seminario "La Justicia Constitucional en Chile", organizado por Universidad Diego Portales en Santiago de Chile (1º de noviembre de 1995).

⁴⁶ En otras palabras son las funciones de *guardianes de la legalidad y de los derechos fundamentales*, vid. RENOUX, Thierry S.: "El Consejo Constitucional y el Poder Judicial en Francia y en el modelo europeo del control de constitucionalidad de las leyes", ponencia a las XXIV Jornadas de Derecho Público, Universidad Católica de Chile, del original p. 15. También en RChD., XX n° 2-3 (1993), T. I, pp. 441-447.

⁴⁷ Sobre las áreas de la jurisdicción captadas por Cappelletti, vid. FIX-ZAMUDIO, Héctor: "La Justicia Constitucional: Reflexiones comparativas", en LRD., año IV n° 2 (1990),

se desarrolla la jurisdicción, la nota común a todos ellos es que la norma actuante es siempre la regla constitucional, sea que en ella se reconozca un derecho (jurisdicción de las libertades), se asigne una competencia (jurisdicción orgánica de control de constitucionalidad de la ley y de resolución de los conflictos de competencia), se transfiera parte de la soberanía a organismos internacionales (jurisdicción transnacional), o se tipifique una falta constitucional (para la nulidad de Derecho Público o para la acusación constitucional), entre otras.

Dentro de aquel sector de la jurisdicción constitucional llamado orgánico o de guarda de la legalidad, destaca una competencia ya esencial para las Cortes Constitucionales modernas: *el control de la constitucionalidad de la ley*, y -más ampliamente- los procedimientos contenciosos de normas. Esta competencia es, hoy por hoy, para muchos autores casi la razón de ser de los Tribunales Constitucionales⁴⁸. Nuestro trabajo se centra pues, en el ejercicio de esas competencias esenciales, dejando de lado las competencias marginales, misceláneas o laterales que en nuestro Derecho y en el Comparado se asignan al TC. Así pues, siguiendo la ordenación nacional de competencias del TC., propuesta por el profesor SILVA BASCUÑAN⁴⁹, concentraremos nuestras observaciones sobre las facultades de control sobre preceptos legales, excluyendo el análisis de las competencias referidas a materias de organización institucional (Nºs. 9, 10 y 11 del Art. 82 CPR.), como asimismo sus funciones preservadoras del sistema democrático (Art. 82 Nº 7 CPR.).

Esta discriminación metodológica se explica, por una parte, en el carácter absolutamente *consultivo* de una de esas funciones (Art. 82 Nº 9 CPR.)⁵⁰, nota que excluye cualquier efecto judicial de sus dictámenes. Por otra parte, se justifica también por el marcado carácter *jurisdiccional* de otro grupo de atribuciones, tales como las señaladas en los Nºs. 7, 10, y 11 del Art. 82 CPR., que no dan lugar a dudas al momento de calificarlas como judiciales. En efecto, en estos últimos casos el medio para obtener la solución de los conflictos puede calificarse plenamente como *proceso*; como también de *sentencia* el acto que los resuelve. Una simple ojeada a las

pp. 16 ss. y NOGUEIRA ALCALA, Humberto: "La Justicia Constitucional como defensa de la Constitución" en RChD., XX, nº 2-3 (1993), T. I, pp. 417-439, también en LRD., año II (1988) nº 1, pp. 419-420.

⁴⁸ Por todos, vid. MONTORO, Miguel: *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales* (Ed. Colex, España, 1991) y FAVOREU, Louis: *Los Tribunales Constitucionales* (trad. Vicente Villacampa, Ariel, Barcelona, 1994), p. 29 y 35.

⁴⁹ SILVA BASCUÑAN, Alejandro: "Misión del Tribunal Constitucional", en RChD., XX, nº 2-3 (1993) pp. 482-483.

⁵⁰ "Art. 82. Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 9º. Informar al Senado en los casos a que se refiere el artículo 49 Nº 7 de esta Constitución" (calificación de la inhabilidad o renuncia del Presidente de la República). Esta función consultiva no es la única que pudo tener nuestro TC. En el mensaje presidencial sobre reforma constitucional que dio origen a nuestra primera Corte Constitucional (reforma de la Ley Nº 17.284, D.O. de 23 de enero de 1970) se proponía un Tribunal con facultades para "evacuar las consultas de orden constitucional que el Presidente de la República, el Senado o la Cámara de Diputados le formularen" (DSD, S. 18 de marzo de 1969, p. 2205). Dicha facultad fue eliminada del proyecto puesto que podía "significar un prejuzgamiento sobre materias en que quedaría inhabilitado para fallar posteriormente, si las cuestiones consultadas suscitaran conflictos de Poderes." (Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, evacuado en el segundo trámite constitucional de la reforma, DSS, S. 2 de septiembre de 1969, p. 3027. De otra parte, en la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, también se pensó en ciertas atribuciones de índole consultativa radicadas en el TC. (vid. CENC, S. 349º, p. 2147-2148).

reglas de procedimiento contenidas entre los párrafos 3 y 4 del Título II de la LOTC., como también en el AAPTC.⁵¹, permitirá al lector confirmar tal afirmación.

Quedan, pues, las atribuciones de control referidas a los actos del Poder Constituyente (Art. 82 N° 1 y 2, en lo tocante al control de las leyes interpretativas de la Constitución y de los proyectos de reforma constitucional), Legislativo (Art. 82 N° 1 y 2, en lo relativo al control de las leyes orgánicas constitucionales, proyectos de ley ordinaria y de tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso) y Ejecutivo (N°s. 3, 4, 5, 6, y 12). En cuanto al control de los actos de éste último, una precisión: dejando a salvo el control represivo de los Decretos con Fuerza de Ley, la naturaleza jurisdiccional del control de dichos actos parece estar fuera de toda duda. En efecto, no se trata de una especie de *contencioso constitucional de actos de la administración*, que -aun cuando se ventila ante una magistratura muy particular y de difícil acceso -no reviste mayores diferencias con los procedimientos contencioso administrativos radicados en la jurisdicción ordinaria. A pesar de lo anterior, el estudio de la casuística generada a partir de esas competencias, entrega una rica gama de interrogantes referidas a las atribuciones y posición del TC., frente a las normas de índole legislativo. Esta última circunstancia hace entonces necesario dedicar algunas observaciones y reflexiones para el control de los actos de administración.

Después de estas precisiones, al lector le quedará regularmente claro que nuestras reflexiones se refieren no a la integridad de las competencias del TC., sino sólo a aquel grupo de atribuciones referidas al control de constitucionalidad del acto legislativo, es decir, a aquellos casos en que el Tribunal obra como -permítasenos por ahora la palabra- "juez" de la ley o del proyecto de ley. En otras palabras, y desde un punto de vista formal, nuestros esfuerzos se dirigirán hacia los casos de *control obligatorio de constitucionalidad, y de conflictos de constitucionalidad*, para utilizar la terminología de la LOTC. (párrafos 1 y 2 de su Tit. II, normas especiales de procedimiento).

3.1. Los momentos del control de constitucionalidad y su incidencia sobre la naturaleza de la función. Las modalidades de control y el TC. según la CPR. de 1980

Dentro de las formas de control de constitucionalidad de la ley, suelen distinguirse dos modalidades: el control preventivo y el control represivo. No siendo el objeto de este estudio indagar sobre sus finalidades, diferencias, ventajas o desventajas, nos limitaremos a observar las características de la función que desarrolla el TC. cuando ejecuta cada una de estas dos especies de control. Sobre este punto es importante recordar que, en materia de control de constitucionalidad de los actos del poder legislativo, las competencias del TC. se centran principalmente en el control a priori. En efecto, sólo el control de los DFL. tiene la naturaleza de control represivo, desde que pueden impugnarse hasta treinta días después de la fecha de su publicación.

¿Cuáles serán entonces las cuestiones que se suscitan en el control preventivo y que hacen temblar cualquier afirmación le predique un carácter estrictamente jurisdiccional?

⁵¹ Que, por lo demás, sólo complementa los procedimientos regulados en los párrafos 3 y 4 del Tit. II LOTC.

3.2. Control *a priori* y TC. Contenido constitucional

A pesar de las críticas que alguno de los miembros de la Comisión Ortúzar formularon a la técnica de controlar preventivamente la constitucionalidad de la ley⁵², nuestro texto constitucional consulta una amplia gama de competencias preventivas de inconstitucionalidad. Entregar a un órgano de naturaleza "técnica" o "jurídica" la facultad de revisar la constitucionalidad de los proyectos de ley antes de que éstos entraran en vigor, fue una intención de sobra presente en la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución. Tanto así, que el proyecto de la CENC. consultaba un caso adicional de control preventivo que jamás llegó a convertirse en norma constitucional. En efecto, el N° 1 del Anteproyecto elaborado por la CENC, sometía a control previo obligatorio a las normas que "autoricen determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica o restablezcan gravámenes que les efecten" (vid. Anteproyecto CENC., en S. 417ª, anexo documental, p. 3665).

Después de ser eliminada por el Consejo de Estado la norma a que recién hacíamos alusión, llegamos a la normativa actual, que se ha mantenido inalterada durante toda la vigencia de nuestro texto constitucional: los números 1, 2, 3 y 5 del art. 82 CPR.

3.2.1. Las peculiaridades del control *a priori* para la teoría del proceso constitucional

Una de las características del control *a priori* consiste en la absoluta abstracción con que el operador trabaja para resolver la armonía entre la norma controlada y la Constitución. A diferencia del control realizado por la Corte Suprema (art. 80 CPR.), el control *a priori* de la legislación de reforma constitucional, de la legislación inferior y de los tratados internacionales se realiza "en el aire", es decir, sin referencias concretas a una situación de hecho en la que ésta pueda aplicarse. Ahora bien, esta abstracción, significa entre otras cosas, un proceso *no contradictorio* de control, en que no existen verdaderas *partes o intereses* particulares en conflicto (o los hay de un modo muy especial)⁵³. A pesar de que en los sistemas de control represivo de constitucionalidad existe también un grado muy importante de abstracción⁵⁴, en el control preventivo este grado lo es aún más, considerando que, por lo regular, es la sola imaginación de los jueces la que permite constatar las contradicciones entre lo que se controla y la Constitución. Suele decirse que el control abstracto se caracteriza por tratarse de una comparación de normas realizada al margen de todo contencioso particular, es decir, de todas las peculiaridades propias de las circunstancias de hecho. Dicho de otro modo, se actúa ante la inexistencia de una relación jurídica específica en que intervenga la norma potencialmente inconstitucional⁵⁵.

⁵² Vid. lo expuesto por su presidente, don Enrique Ortúzar, S. 353ª, p. 2220.

⁵³ SCHLAICH, Klaus: "El Tribunal Constitucional Federal Alemán" op. cit., p. 157-161.

⁵⁴ Y en el nuestro (art. 80 CPR.) se nota especialmente por el carácter "abstracto y doctrinario" que nuestra Corte Suprema ha venido dando al recurso de inaplicabilidad (para todo, vid.: RDJ, 58. 2. 2. 4., p. 360. Sobre el particular es de utilidad tener a la vista la siguiente cita del profesor Francisco RUBIO LLORENTE: "La denominación alemana de esta vía de control (*Konkrete Normenkontrolle*) no debe inducir a error, pues también la cuestión planteada por el juez, aunque nacida de un caso concreto, es una cuestión abstracta" (*La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 511).

⁵⁵ NOGUEIRA ALCALA: "La Justicia Constitucional como defensa de la Constitución" en RChD., XX, n° 2-3 (1993), T. I, p. 423 y, también en "Consideraciones sobre la juris-

En el sistema alemán el *abstrakte Normenkontrolle* se confunde con lo que también se denomina "control por vía de acción", de similar entidad al recurso de *inconstitucionalidad* directa que actualmente poseen los españoles.

Ambas figuras se diferencian de lo que aquí, en Chile, llamamos recurso de inaplicabilidad y allá, en Alemania, España o Italia, se conoce como "*cuestión de constitucionalidad*"⁵⁶ que sí encarnan aquello que llamamos el control *concreto* de normas.

El fin de todo control preventivo es obtener la depuración del ordenamiento jurídico, abortando todo intento de legislar en contradicción con los mandatos constitucionales. El hecho de no tener tantas implicancias técnicas como el llamado sistema de control a *posteriori*⁵⁷, no relega a un segundo plano las peculiaridades de dicho sistema de control. Es así como la naturaleza jurisdiccional del control preventivo ha sido muy discutida en un sistema como el francés, que privilegia el control previo sobre el represivo, del que simplemente carece. Tan extraño a las funciones tradicionales del Estado parece que un órgano controle la calidad de las leyes, que algunos autores prefieren hablar de un control "institucional"⁵⁸ o "consultivo"⁵⁹ (antes que jurisdiccional) de la ley realizado por un órgano que, al no poder llamarlo jurisdiccional, lo llaman también "institucional"⁶⁰ o, extremando los juicios, "filtro político adicional"⁶¹. La politicidad de este tipo de control se ha destacado tomando en especial consideración dos factores: en primer lugar el *objeto* de control (un texto, una norma en estado germinal) y, en segundo lugar, los *efectos* preventivos del control, que no reparan, sino evitan la infracción, interfiriendo así en el proceso legisla-

dición constitucional y la acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado", en LRD., año IV n° 2 (1990), p. 53.

⁵⁶ Se trata de la remisión del asunto, por parte del tribunal que duda acerca de la constitucionalidad de la ley (*juez a quo*), al Tribunal Constitucional (*a quem*), para que éste resuelva en definitiva sobre la constitucionalidad de la norma que debía aplicar el primero.

⁵⁷ El profesor Jean RIVERO, en AA.VV., *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales (coloquio en Aix-en-Provence, Francia, 1981)* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984) llama la atención acerca de las menores complejidades del control previo: "le reconozco una virtud, una sola, pero me parece capital, es su simplicidad. Y creo que en el celo contencioso jurisdiccional, la simplicidad es una gran virtud. Por supuesto esto es algo que no complace a los juristas. Un sistema complejo, un sistema en el que surgen mil problemas, que alimenta debates y coloquios, suele contar con sus preferencias. Pero un sistema simplificado tiene muchas ventajas en el campo práctico. El sistema francés es simple. El Parlamento vota un texto; antes de que ese resto entre en vigor, el Consejo Constitucional es consultado; si el texto se declara no conforme con la Constitución desaparece de escena; no ve la luz del día, se acabó, el asunto está concluido" (p. 677-678).

⁵⁸ Vid. P. JULLARD, cit. en PARDO FALCÓN, Javier: *El Consejo Constitucional Francés* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1990), p. 531 (nota 12).

⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro, cit. por MODERNE, Franck: "El control previo de constitucionalidad en la Europa contemporánea", en RChD., XX, n° 2-3 (1993), T. I, p. 416.

⁶⁰ Vid. LEBRETON, J. P.: "Les particularités de la juridiction constitutionnelle", en RDSPS., n° 2 (1983), p. 422.

⁶¹ PEREZ ROYO, Javier: La regulación de algunos aspectos del recurso de inconstitucionalidad: Su influencia sobre la naturaleza del Tribunal Constitucional de la Constitución Española de 1978, en *El Tribunal Constitucional* (Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981), vol. III, p. 2190 y 2191.

tivo. Con todo, hay doctrina gala que persiste en calificar esta competencia como jurisdiccional⁶².

Hay que tener presente, en todo caso, que las funciones del *Conseil* no escapan a la pesada tradición francesa de la separación de poderes; no por nada, a estas alturas del siglo -sin contar con las jurisdicciones transnacionales- los franceses siguen careciendo de un control represivo de constitucionalidad. En la doctrina francesa, la ley es una norma *inatacable* después de que entra en vigor. Esta es, precisamente, una de las notas que caracteriza al sistema francés del resto de sus congéneres europeos; con razón Pierre BON ha dicho que la técnica del control *a priori* es "muy poco frecuente en el Derecho Comparado"⁶³.

Por otra parte, en el sistema español -que hasta el año 1985⁶⁴ contó también con un sistema de control preventivo más generalizado que el actual- el control *a priori* también ha sido calificado como tarea más legislativa que jurisdiccional. Un autor hispano ha escrito que este tipo de control está más cercano a la función legislativa que a la jurisdiccional, "ello en cuanto no se trata de un control sobre normas válidas, sino que sobre proyectos de normas; la decisión del Tribunal no puede declarar la nulidad sino tan sólo ordenar la reapertura del proceso de elaboración"⁶⁵. Otro llegó a decir que las resoluciones que fallaban esta clase de controles no tenían el carácter de verdaderas sentencias⁶⁶, calificadas por otro autor como simples dictámenes vinculantes⁶⁷. Este carácter participativo (aunque pasivo) de la intervención del Tribunal en el proceso de elaboración de la ley, ha hecho a algunos autores preferir la radicación de la función de control en un órgano político y no jurídico.

Los alemanes, por su parte, también tuvieron -hasta 1951- un intento de control previo de constitucionalidad⁶⁸.

Uno de los primeros problemas que resultan, entonces, de insertar una etapa de control extraña al parlamento, consiste en la facilidad con que el juez constitucional

⁶² Vid. MODERNE, Franck, op. cit., p. 411 y los importantes tratadistas ahí citados (F. Luchaire, L. Favoreu, B. Philip, etc.)

⁶³ BON, Pierre: "El Conseil Constitutionnel francés y el modelo de Cortes Constitucionales europeas", en RChD., XX, n° 2-3 (1993), T. I, p. 386.

⁶⁴ Año en que se dictó la Ley Orgánica 7/85, poniendo fin al control previo de las leyes orgánicas constitucionales y Estatutos de Autonomía, dejando el control previo marginado sólo a la fiscalización de los tratados internacionales. Para las vicisitudes del control previo en España, vid., entre otros: ALVA NAVARRO, M.: "El recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de Ley Orgánica", en RDPol., n° 16, pp. 89 y ss.; ARAGON REYES, M.: "El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978", en EPol. n° 7 (1979), pp. 171-195.; PEREZ ROYO, J.: "Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra las leyes orgánicas", en REDC. n° 17 (1986), p. 137-170 y MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: "El examen de constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria", en EPol. n° 7 (1979), pp. 197-225.

⁶⁵ F. FERNANDEZ SEGADO, op. cit., p. 188.

⁶⁶ GARRIDO FALLA, Fernando, en AA.VV.: *Comentarios a la Constitución* (Ed. Civitas, Madrid, España, 1980), p. 1720.

⁶⁷ DE ELIZALDE Y AYMERICH, Pedro: El Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia, en *El Tribunal Constitucional* (Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981) vol. I, p. 882.

⁶⁸ Vid.: GUNTHER, Reinhard: "El Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania", en RChD., XI, n° 2-3 (1984), pp. 86-87 y FALLER, Hans Joachim: "Cuarenta años del Tribunal Constitucional Federal Alemán (trad. Jaime Nicolás), en EPol., n° 34 (1992), pp. 134.

puede terminar convirtiéndose en legislador. Veremos, en seguida cómo puede presentarse este fenómeno en nuestro Tribunal Constitucional.

3.2.2. ¿Control del enunciado o de las reglas que de él se deducen? El problema de las sentencias interpretativas en el control *a priori*

Una de las particularidades que, de partida evidencia el control preventivo, dice relación con el objeto de control. En efecto, el control puede tener por objeto todo el enunciado de la norma, o bien, sólo algunas de las reglas que de éste se puedan deducir⁶⁹. El problema, como ya se observará, radica en que la magistratura que revisa *a priori* el germen de norma, determina por sí misma, tanto el enunciado como el contenido de las mismas. Eso ya es algo propio de la función legislativa. Por otra parte, al no existir necesariamente un conflicto o controversia que dirimir (lo que se nota especialmente en los casos de control obligatorio) es el propio órgano de control quien delimita el alcance, conforme a su propio uso del lenguaje, de lo que está controlando y de la norma que va a resultar producto de ese control.

De esta particular condición, propia del control preventivo, surge una especial manera de resolver los procesos de control *a priori*. Nos referimos a las llamadas en Chile “sentencias interpretativas” o “sentencias con prevención”. Estas sentencias, que corresponden a un tipo dentro de lo que la doctrina italiana conoce como “sentencias manipulativas”⁷⁰, agregan un *plus* al proyecto sometido a examen obligatorio de constitucionalidad.

3.2.3. Control de las omisiones o vacíos del legislador. ¿Legislador positivo?

Dentro del control previo ocupa también un lugar de interés el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión. El legislador puede, en efecto, obrar inconstitucionalmente no solamente *dictando* normas inconstitucionales, sino también *no dictando* aquellas normas generales que la Constitución le manda a promulgar⁷¹. Medir, y - más aún- intervenir activamente sobre este tipo de inconstitucionalidad, supone, irremediablemente asumir una función que en ningún caso es típicamente jurisdiccional. Como lo ha afirmado el Tribunal Constitucional español “declarar la inconstitucionalidad de una norma por lo que ella «no regula» supondría, efectivamente, invadir competencias legislativas, completar lo regulado por la ley”⁷². En todo caso, para evitar las peores consecuencias de dejar determinados aspectos sin legislación, las Cortes Constitucionales han venido ideando fórmulas para escapar a la declaratoria de inconstitucionalidad, haciendo presente al legislador el vicio que supone su silencio.

En nuestro país la Corte Constitucional⁷³ ha enfrentado, siempre por la vía del control previo, este fenómeno con una práctica que consiste en hacer presente las

⁶⁹ Sobre estas categorías vid.: RUBIO LLORENTE, F.: *La forma del poder* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993), p. 524 y ss.

⁷⁰ Vid.: PIZZORUSSO, Alessandro: Las sentencias “manipulativas” del Tribunal Constitucional, en *El Tribunal Constitucional* (Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981), vol. I. pp. 275-296.

⁷¹ SAGÜES, Néstor P.: *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario* (3ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992) T. I, p. 90.

⁷² STC español, de fecha 27 de febrero de 1987, cit. en MONTORO, Miguel: *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales* (Ed. Colex, España, 1991), p. 209.

⁷³ Cons. 7º -resol. 4º, STC, de 5 de abril de 1988 (REJ. II, pp. 127 ss.); STC de 12 de febrero de 1992, cons. 29º y 31º, resol. c) (REJ. II, pp. 444 y ss.); cons. 37º, 40º, 43º, 45º, 47º,

omisiones al legislador mediante lo que nuestra doctrina conoce como los “llamados a legislar”⁷⁴, que no son otra cosa que prevenciones sobre vacíos contenidos en los preceptos controlados. Estas omisiones, que pueden ser tanto defectos de técnica legislativa como omisiones voluntarias, carecen de un medio eficaz distinto a la fórmula legislativa para poder llenarse. Con ello, y teniendo especialmente en cuenta el énfasis preventivo de inconstitucionalidad en nuestro TC., parece -a lo menos en parte- expurgado poder legislativo que cabría reconocer al TC. si fuera éste el mismo encargado de llenar las omisiones. Lo anterior, a diferencia de ciertas técnicas extranjeras, desarrolladas especialmente para el control *a posteriori*, que suponen verdaderamente una sustitución de la voluntad del legislador. Tal es el caso de las sentencias “aditivas” o “acumulativas” de la Corte Costituzionale de Italia⁷⁵.

El problema, sin embargo, no queda del todo resuelto. Si bien la técnica de los llamados a legislar ha sido sólo utilizada en sede preventiva, nada impide que se haga lo propio en sede represiva. Aunque la entidad de los DFL. suela ser de menor envergadura o importancia que la ley (en cuanto hay importantes materias que no puede abarcar, art. 61 CPR.), no podemos cerrar nuestra imaginación a probables hipótesis futuras en las que el TC. utilice técnicas tan osadas como la de la Corte Constitucional italiana. No es, entonces, tan difícil de imaginar que, para esos casos, el TC. se convierta en una especie de “legislador positivo”, muy lejano a la idea kelseniana de la jurisdicción constitucional. Esta a función -de verdadera suplencia o sustitución de la función legislativa y representativa- puede, como es lógico, plantear un grave problema de legitimidad para nuestra jurisdicción constitucional.

3.3. Control *a posteriori* y TC.

La competencia constitucional del TC. para controlar represivamente los actos legislativos es bastante escasa y, en el fondo, no es sino una modalidad más de contencioso constitucional de los actos de la Administración. En efecto, los DFL., sin perjuicio de tener el valor de leyes (con todas las consecuencias que ello implica), materialmente son actos de la Administración. En todo caso, por tener el *status* normativo de una ley, es que parece necesario abordar los aspectos procesales constitucionales

49º, 53º, 55º, 57º, y 59º y resol. 3, STC, de 23 de noviembre de 1992 (RDJ., 89.3.2.6, pp. 110 y ss.).

⁷⁴ Vid. ZAPATA LARRAIN, Patricio: “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional” (1981-1991), en RChD., XVIII (1991), nº 2, pp. 309-310 y *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Corporación Tiempo 2.000, Santiago de Chile, 1994), p. 30-32. También RIBERA NEUMANN, Teodoro: “El Tribunal Constitucional y su aporte al desarrollo del Derecho”, en E.P., nº 34 (1989), p. 220.

⁷⁵ “El artículo 304-bis, primer párrafo, establecía que «los defensores de las partes tienen derecho a asistir a las pruebas judiciales, a los exámenes periciales, a los registros domiciliarios y a los reconocimientos, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley» y de ello se deducía que no tenían en cambio derecho a asistir a los interrogatorios del imputado. Con la sentencia n. 190 de 1970 reconociendo en esta exclusión una violación del artículo 24, 2º párrafo de la Constitución que garantiza el derecho a defensa en juicio, el Tribunal Constitucional ha declarado que la ilegitimidad constitucional del artículo 304-bis, primer párrafo, en la parte en la que «excluye el derecho del defensor del imputado de asistir al interrogatorio» y ha determinado así la producción de una norma que admite la asistencia del defensor a tal acto procesal y ordena a las autoridades que procedan a hacerlo posible.” PIZZORUSSO, Alessandro: Las sentencias “manipulativas” del Tribunal Constitucional, en *El Tribunal Constitucional* (Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981), vol. I. p. 290.

de su control en esta parte de nuestro estudio. Fuera quedan, por lo tanto, los aspectos sustantivos propios de la abrogación judicial de una norma de rango legal (alcance de los efectos, vigencia de la norma durante el lapso intermedio, etc.).

En cuanto al alcance o espectro del control, éste último habrá de extenderse a los siguientes aspectos: compatibilidad o armonía con la ley delegatoria, tanto en el fondo como en los requisitos de forma, y compatibilidad -material o formal- con la Carta Política⁷⁶.

Hechas estas reflexiones y aclaraciones podemos plantearnos la siguiente cuestión: *¿cuál es la naturaleza de la función o competencia de nuestro TC. para calificar ciertas normas (vigentes o en gestación) de acuerdo a su armonía con la Constitución? ¿Qué función ejerce dicha magistratura cuando ejerce el control de constitucionalidad de los preceptos señalados en el Art. 82 N° 1 CPR. o cuando resuelve las cuestiones de constitucionalidad a que se refieren los N°s 2 y 3 de la misma norma?*

Como ya lo vimos más arriba, la sola apariencia jurisdiccional del órgano no dice nada para examinar, precisamente, las notas o características que lo distancian de aquellos tribunales que conocemos como propiamente jurisdiccionales.

IV. LA ESPECIALIDAD DE LA JURISDICCION DE CONTROL NORMATIVO FRENTE A LA JURISDICCION ORDINARIA. LAS PARTICULARIDADES DE ESTA JURISDICCION

4.1. El especial contenido del proceso: su especial *politicidad*

Tanto en Chile como en el extranjero, las Cortes Constitucionales han sido motejadas de ser "armas de la oposición". Baste leer nuestra prensa cuando el TC. ha resuelto casos tan polémicos como la llamada "deuda subordinada" o el traslado del edificio del Parlamento a Santiago⁷⁷. Eso ya nos dice algo, sobre todo tomando en cuenta que no prosperaron ciertas ideas para otorgarle facultades más intensamente políticas⁷⁸.

Lo primero que llama la atención, entonces, es la especial politicidad del proceso. En efecto, la política suele impregnar (sin contar la designación de los magistrados del tribunal) el contenido mismo de la controversia y la significación de los fallos. El coste político de las decisiones, sobre todo de las declaraciones de inconstitucionalidad, incluso ha conminado a algunos tribunales a renunciar

⁷⁶ Vid., en este sentido: SILVA BASCUÑAN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María: "Efectos de la resolución de constitucionalidad", en RChD., XV, n° 2-3 (1988), p. 321.

⁷⁷ STC de fecha 10 de febrero de 1995 y STC de fecha 12 de agosto de 1996, respectivamente. Sobre la primera, vid. nuestro "El caso de la Deuda Subordinada. Comentarios a la jurisprudencia del Excmo. Tribunal Constitucional (Fallos Roles N° 207 y N° 209 de 1995)", en RDUVC., XVI (1995), especialmente p. 304 (nota 16). Sobre la segunda, vid. las declaraciones a la prensa de los senadores Anselmo Sule, Eugenio Cantuarias, Sergio Díez, Sergio Bitar y Francisco Errázuriz, en *La Segunda*, 13 de agosto de 1996.

⁷⁸ Así, por ejemplo, la facultad para calificar la presentación de candidaturas a la presidencia de la República o el conocimiento para ciertos casos de acusación constitucional. Vid.: CENC., S. 4° p. 2083, 2086 y S. 353a p. 2338.

-calificadamente⁷⁹ - a la declaración de inconstitucionalidad de ciertos proyectos importantes. Un autor germano ha escrito que “la jurisdicción constitucional es de por sí justicia política, en el sentido de que tiene que enfrentarse con un objeto político (derecho constitucional como derecho «político», que sus miembros son designados por instancias políticas y sus sentencias tienen efectos políticos más o menos amplios (vinculación de los órganos políticos))”⁸⁰.

Esta politicidad -que es también común a otra serie de procesos típicamente jurisdiccionales; así, por ejemplo, el proceso por el crimen de un parlamentario, el desafuero de un diputado, el proceso para indagar responsabilidades en las defraudaciones contra el fisco, etc. -es consustancial al proceso constitucional, máxime si la norma que resuelve el conflicto es la norma política por excelencia⁸¹. Los autores alemanes han puesto énfasis en esa necesaria politicidad asociada al conflicto como a su resolución: “es sencillamente imposible para un Tribunal Constitucional considerarse desligado del orden político que va a ser afectado por sus decisiones. Sería una ilusión, y aún más, un intolerable formalismo positivista”⁸². Con todo, ese elevadísimo grado de politicidad no convierte el conflicto en un asunto puramente político, pues, como se sabe, éste se resuelve mediante la forma y mediante la técnica jurídica o judicial: la argumentación jurídica pretende sustituir a la argumentación puramente política. Como lo ha señalado el profesor GARCIA DE ENTERRIA, “es, pues, cierto, que el Tribunal Constitucional decide conflictos políticos, pero lo característico es que la solución de los mismos se hace por criterios y métodos jurídicos”⁸³. Otra cosa, muy distinta, es que esa *forma* de solución del conflicto pueda tornarse, en el *fondo*, en una competencia de significado absolutamente jurisdiccional. Una función jurídica, expresada en la obligación de motivar con arreglo al Derecho Constitucional, no equivale a función jurisdiccional propiamente tal.

Este trasfondo político estaría también, en los valores que el juez constitucional debe buscar y utilizar para formular su juicio o sentencia⁸⁴, tanto los implícitos en el

⁷⁹ En lo que se conoce como las “declaraciones de constitucionalidad bajo reserva”, vid. PÉREZ TREMP, Pablo: *Tribunal Constitucional y Poder judicial* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985), p. 211.

⁸⁰ SCHNEIDER, Hans Peter: *Jurisdicción Constitucional y separación de poderes* (trad. Joaquín Abellán), en *Democracia y Constitución* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991), p. 198-199.

⁸¹ “No se concibe constitución que no sea política al menos en buena parte: una constitución apolítica es una *contradictio in terminis*”. PEREIRA MENAUT, Antonio: *Lecciones de Teoría constitucional* (Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1987), p. 271.

⁸² LEIBHOLZ, Gerhard: “El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política”, en *EPol.*, n.º 146 (1966), p. 93. Para otros, establecer un tribunal constitucional “escéptico, desideologizado, apolítico, totalmente judicializado para evitar su politización; el intento de judicializar la política y el Derecho Constitucional, son empeños inútiles e inconvenientes” (Vanossi. cit. en LUCAS VERDÚ, Pablo: *Política y Justicia constitucionales. Consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional*, en *El Tribunal Constitucional* (Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981), vol. II, p. 1501.

⁸³ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, en *REDC.*, N.º 1 (1981), pp. 81-82.

⁸⁴ En este sentido, vid. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, en *REDC.*, N.º 1 (1981), p. 81-82.

lenguaje de la Constitución, como los que sean necesarios para prever los efectos del fallo. Aquí la máxima *fiat justitia et perea mundis*, nunca puede tener aplicación.

Con todo, y para terminar, hay que dejar en claro que *lo precedentemente expresado no significa afirmar un carácter absolutamente político de la función de control*. Quien actúa políticamente obra de una manera discrecional, manejando con entera libertad y discrecionalidad los elementos de oportunidad y conveniencia que justifican una proposición legislativa. Esas características no se dan en el juez constitucional, que actúa sólo como órgano jurídico de control, sin un poder creador autónomo.

4.2. Peculiaridades del objeto material del proceso: un proyecto de norma o una norma abstractamente considerada

Ya se dijo que otra de las peculiaridades del proceso desarrollado ante esta magistratura -a lo menos en los casos de control de constitucionalidad- consiste en la especial entidad de los objetos enjuiciados. Efectivamente o se trata de unos "hechos" muy peculiares (gérmenes de normas, simples textos, en el caso del control preventivo) o, simplemente no se trata de hechos sino de normas (el DFL., en el control represivo): "no hay un enjuiciamiento de «hechos» sino del Derecho, salvo en cuanto el Derecho inferior se juzgue como un hecho. Por ello H. Kelsen no consideraba al Tribunal Constitucional como un Tribunal propiamente tal".⁸⁵ Y la particularidad está, en que es el mismo tribunal el que puede determinar el contenido o la materia de la que consta la norma controlada. Esto, según se verá más adelante, se aprecia especialmente en los casos de control preventivo y obligatorio, donde -salvo que se formulen objeciones precisas, que el tribunal tampoco tiene porqué tomar en cuenta- es la misma magistratura quien determina, dentro de las limitaciones del texto controlado, el objeto del control y, en alguna medida, el producto de ese control.

Queremos decir con esto que se trata de unos "hechos muy particulares, que -en cuanto se someten al examen del juez constitucional- en cierta medida son, al interpretarlos conforme a su propio lenguaje, determinados por el mismo órgano que resuelve, determina. Es el problema del control del enunciado *versus* el control de la regla particular.

4.3. La única norma justiciable. Particularidades de la norma de decisión. El parámetro de constitucionalidad. Cuestión: ¿se comprenden aquí las propias decisiones del TC.?

Ya se ha dicho algo sobre el marcado carácter político de la norma de solución. Pues bien, a esa politicidad ontológica de la norma fundamental, se une la comprensión de conceptos tan amplios como poco precisos. La "dignidad", la "igualdad", "los principios básicos del régimen democrático y constitucional", "la moralidad", "las buenas costumbres", "el orden público", etc., son varios conceptos de alta indeterminación jurídica y significación política. Es lo que algunos llaman el carácter abierto de la norma de solución⁸⁶. Con todo, hay quienes han sostenido que esta no es ninguna particularidad de la jurisdicción constitucional; ello porque, por lo general, todo juez

⁸⁵ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas", en *REDC.*, n.º 1 (1981), p. 43.

⁸⁶ Vid. SCHNEIDER, Hans: *Democracia y Constitución* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991), p. 73 y 83.

se enfrenta con algún grado de indeterminación de la norma llamada a resolver el conflicto que se le presenta.

En nuestro sistema constitucional el único parámetro de medición es la regla constitucional. Esto, que parece tan obvio, ni es en todas partes así, ni es aquí una observación tan exenta de valor. En Francia, por ejemplo, se ha formulado la noción del *blóc de constitutionnalité*, para expresar que el parámetro de constitucionalidad, por decisión del mismo *Conseil*, se extiende a la *Declaration des Droites de l'homme et du citoyen*, de 1789, y al *Preamble* de la Constitución de 27 de octubre de 1946. De otra parte, significa que las decisiones de TC, -por más valiosas e importantes que sean- no forman parte de ese *corpus* a contrastar con las normas controladas. Lo anterior, sin embargo, no significa desconocer el valor que pueda tener en nuestro país el precedente.

4.4. Contenido especial del conflicto o controversia. El litigio constitucional *stricto sensu*. Los sujetos comprometidos y su particular posición frente a la norma justificable.

Decía Carl SCHMITT, en su *Teoría de la Constitución*⁸⁷, que no todo litigio de cualquiera interesado acerca de cualquier prescripción legal constitucional debía ser considerado como un litigio constitucional en sentido estricto. Con THOMA, el jurista SCHMITT aclaraba que la existencia de un verdadero conflicto constitucional depende efectivamente de los sujetos litigantes: "Un tribunal de justicia política para decidir litigios constitucionales, sólo debe decidir sobre aquellos litigios que afecten a la Constitución, pero no a la particularidad de las leyes constitucionales. Como partes de un tal litigio, sólo son de considerar "órganos capitales" de la Constitución (como dice HAENEL, pág. 92), es decir, sólo aquellos órganos supremos que existen para la organización y ejecución inmediata de las políticas en que la Constitución consiste y, sobre todo, como hasta ahora, Parlamento y Gobierno; y junto a ellos otros órganos supremos según la peculiaridad de la organización política. Sólo estos órganos capitales pueden vulnerar inmediatamente la Constitución, y sólo entre ellos puede darse un litigio constitucional auténtico".

La peculiaridad de este litigio constitucional *stricto sensu*, que -como se verá más adelante- curiosamente coincide en nuestro país tanto en el tratamiento normativo como en el jurisprudencial de los procesos de control de constitucionalidad, supone que se da el encuentro entre quienes tienen, precisamente, un no despreciable poder sobre la norma de solución. Poder que se reduce tanto a la capacidad de modificarla, como de violarla. Precisamente uno de los problemas del conflicto político-constitucional, es que existen algunos que no piensan centrarse en la mera aplicación de la norma preestablecida. Como dice el profesor LEIBHOLZ⁸⁸, el conflicto se centra muchas veces en la misma creación de ese Derecho.

A estas alturas ya se notará que uno de los elementos más determinantes de esta parte del proceso constitucional de control a nivel legislativo, es el que más contribuye a diferenciarlo de los procesos jurisdiccionales propiamente tales. En efecto, no puede dar lo mismo que en un caso se encuentren involucradas partes que en el fondo disponen del Derecho y, en el otro, se enfrenten sujetos sin disposición alguna

⁸⁷ Op. Cit. p. 135.

⁸⁸ Cit. por LUCAS VERDÚ, Pablo: Política y Justicia constitucionales. Consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional, en *El Tribunal Constitucional* (Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981), vol. II, p. 1489.

sobre la norma estatal de solución⁸⁹. Al menos desde el punto de vista formal, y sobre todo teniendo a la vista aquellas materias con las que razonablemente puede el constituyente disponer, este esquema explicativo parece razonable.

4.5. La finalidad de la operación. Inexistencia del propósito de agotar la controversia

Lo dicho más arriba permite constatar una nueva observación, cual es la de que el fin de la función de control no consiste en el agotamiento de la controversia procesal. Ya hemos recordado que esas controversias no se terminan con el fallo de un tribunal, a lo menos en aquella parte que hemos señalado como objeto "disponible" de las partes involucradas. Siendo así, existe siempre la posibilidad de volver a plantear el conflicto.

La naturaleza dinámica de todo el Derecho, y muy especialmente la del Derecho Constitucional, permite sostener que el *status* generado con ocasión de una decisión es pocas veces irreversible o inmutable; por lo menos, ninguna de las partes puede oponer a otra una especie de excepción de cosa juzgada. La fuerza de las decisiones del TC. (que a pesar del valor que se otorga al precedente, admiten siempre un *overruling*), y los poderes normativos de los sujetos comprometidos no son buena compañía para una pretendida inmutabilidad de la solución.

4.6. La finalidad nomogenética y nomofiláctica del proceso. El producto del juicio

Otra diferencia digna de destacarse, especialmente en la función de control preventivo, consiste en el impacto de la función de control de constitucionalidad sobre el contenido mismo del Derecho.

Reconocer a los jueces un poder de crear Derecho es algo que, especialmente a partir del siglo XVIII, a ilustres juristas les viene costando mucho. No es, en todo caso, de ese poder creador del que estamos hablando, poder creador que opera siempre después de dictada la norma. Nos referimos, como lo decía Calamandrei, al poder creador que opera en el momento legislativo de la norma y no a su momento jurisdiccional. Este poder creador es especialmente interesante en las llamadas sentencias interpretativas, que no son otra cosa que una especie encubierta de legislación. Se aprecia entonces que la argumentación de constitucionalidad tiene, simultáneamente, un efecto creador y otro, por llamarlo así, de veto. En efecto, cuando un TC. -como lo hace el nuestro- declara la constitucionalidad de una norma, interpretada en un cierto sentido, no hace otra cosa que admitir al mundo del Derecho sólo aquella regla que él ha tolerado sacar del enunciado. Las reglas consideradas inconstitucionales, al no pasar el filtro de constitucionalidad, son cuasi vetadas por la magistratura constitucional.

Todo esto hace que el producto del juicio incida no sólo en la aplicación de un Derecho superior sino también en la creación de otro inferior. En ese primer sentido la sentencia, así como lo hace el recurso de casación en el fondo, cumple una especie de función *nomofiláctica*. En el segundo, más importante para particularizar esta función, cumple una *nomogenética*.

⁸⁹ Claro está que tienen cierto poder de disposición cuando la norma que resuelve naturalmente el conflicto tiene como fuente su propia voluntad (el caso típico de los litigios contractuales).

4.7. Las peculiaridades del proceso

Hay, para terminar, una serie de diferencias que se constatan dentro de lo que es el proceso de control de constitucionalidad. Las peculiaridades de conceptos tales como “partes”, “interés” y “contradicción” serán analizadas en la siguiente sección, relativa a la acción constitucional.

V. OBSERVACIONES A LA NOCIÓN DE ACCIÓN CONSTITUCIONAL

5.1. Acciones constitucionales. Generalidades

En la teoría de las acciones constitucionales la doctrina nacional⁹⁰ ha puesto especial énfasis en aquellas que pueden tener como titulares al particular, dejando un poco de lado a aquellas de contenido más político y que tienen por objeto, precisamente, obtener una resolución del Tribunal Constitucional. En ese esquema, se ha dicho que las acciones constitucionales consisten simplemente en “el derecho, consagrado en un campo normativo de jerarquía constitucional, para provocar la actividad jurisdiccional, y que, a diferencias de la acción -a secas- en la que resulta indiferente la naturaleza del conflicto a resolver y, por ende, el contenido de la pretensión, tiene por regla general el propósito de buscar el resguardo del Estado, frente a atentados a los bienes jurídicos que el ordenamiento eleva a la más alta jerarquía: la vida, la libertad individual, la propiedad, la nacionalidad, el derecho a entrar y salir del propio país, etc.”⁹¹. Esta perspectiva, si bien no es errónea, en el específico campo de las competencias del Tribunal Constitucional que aborda esta investigación no resulta suficiente. En el plano específico de la magistratura constitucional, hay quienes definen la acción como “un poder jurídico para que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la conformidad o disconformidad con la Constitución de una ley o disposición normativa con fuerza de ley”⁹².

En la teoría general del proceso -incluso, para algunos autores, en sede constitucional⁹³ - suele entenderse a la acción en un sentido funcional, es decir, como el poder de inicio del proceso. Para el Tribunal Constitucional -como sucede en algunos casos del proceso penal-, sin embargo, esto no es tan así. Si se observa bien la estructura de los procesos de control de constitucionalidad de la ley, se podrá apreciar que en ellos no siempre la acción tiene la virtud de dar origen al proceso. En efecto, sólo en aquellos casos que conocemos como control facultativo de la ley la acción constitucional tiene algo que decir; cuánto tenga que decir, lo diremos más abajo.

Lo propio entonces de las acciones constitucionales, aparte de su consagración constitucional, es pedir algo fundándose en el Derecho Constitucional; en el campo específico de la función de control, solicitando el contraste entre la norma inferior y

⁹⁰ Por todos vid. TAVOLARI, Raúl: Las acciones constitucionales en Chile, en *Estudios de Derecho Procesal* (Edeval, Valparaíso, 1990), pp. 43 y ss. y CASARINO V., Mario: *Normas procesales de rango constitucional* (Edeval, Valparaíso, 1981).

⁹¹ TAVOLARI, Raúl, cit. arriba, p. 46.

⁹² AROZAMENA SIERRA, Jerónimo: El recurso de inconstitucionalidad, en AA.VV. *El Tribunal Constitucional* (Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981), pp. 166 y ss.

⁹³ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Manual de Derecho Procesal Constitucional* (Ed. Civitas, Madrid, 1990), p. 161.

la norma superior. Se trata de peticiones -y en eso tienen de común⁹⁴ con las acciones ordinarias- fundadas en una interpretación de la norma constitucional cuya validez se solicita declare el magistrado constitucional.

Ya se insinuó que no en todos los casos de control de constitucionalidad existe verdaderamente una acción. Eso hace que la doctrina de la acción sea más importante en el control facultativo, es decir, en aquel en que el poder de iniciar un proceso de control se ha dejado en manos de los sujetos legitimados por la Constitución.

5.2. La *pretensión constitucional* como contenido de la acción y como objeto mismo del proceso.

Al igual que en todos los procesos, en el proceso de control de constitucional puede existir una pretensión o reclamación por cuya causa el Tribunal tenga que resolver⁹⁵. Ese objeto pedido, en los procesos de control de constitucionalidad de la ley, no es otra cosa que la solicitud de contrastar dos textos, a fin de determinar la compatibilidad sustantiva entre uno y otro. Esa comparación solicitada se orienta, en todo caso, en una particular interpretación, tanto de la norma superior, como del texto superior. Con esto queda claro que lo que se está alegando es la compatibilidad o incompatibilidad entre dos textos, no se trata, en caso alguno, de reclamar un pretendido "derecho a la inconstitucionalidad". De entender que lo que se pide es en realidad una determinada interpretación de la Carta Política, a jugar en ese juego de contrastes, resultará otro de los fundamentos propios de la especificidad de la cosa juzgada en materia constitucional: su variabilidad, en la medida que no puede pretenderse, por la dinámica del Derecho Constitucional, que esa interpretación, permanezca invariablemente en el tiempo.

El problema procesal radica, en todo caso, en determinar cuáles son los efectos que ese reclamo surte sobre los poderes del juez. ¿Deberá éste limitarse a resolver sólo en el margen propuesto por quien reclama? ¿Podrá acaso salirse de él? Para contestar estas preguntas será de utilidad tener en consideración las diferencias que existen entre el control obligado de constitucionalidad y el control facultativo.

Las características de esta pretensión serían las siguientes: i) fundamentación en una norma de Derecho Constitucional y ii) el órgano ante el cual se dirige es el Tribunal Constitucional⁹⁶.

5.2.1. Contenido de la pretensión en los procesos preventivos y en los represivos.

Cuestiones de constitucionalidad y acción de constitucionalidad

A pesar de que, como ya se ha dicho, tanto en los procesos represivos como en los preventivos lo que se pide es objetivamente lo mismo (una comparación y una declaración conforme a ella), la finalidad de esa petición pide ser diversa, según se trate de controles previos o posteriores.

Hay, en efecto dos alternativas que pueden distinguirse en cuanto al fin que se persigue con la comparación solicitada:

⁹⁴ Especialmente desde la perspectiva del procesalista Eduardo COUTURE: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Ed. Depalma, 3a ed., 6a reimpr., Buenos Aires, 1990), p. 74.

⁹⁵ Es decir, la reclamación respecto de la cual se solicita una satisfacción: GUASP, Jaime (*Derecho Procesal Civil*, T. I., Madrid, 1961, pp. 269 y ss.).

⁹⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Manual de Derecho Procesal Constitucional* (Ed. Civitas, Madrid, 1990), p. 123.

a) Puede, producto de la interpretación de ambos textos, pedirse que se declare la inconstitucionalidad del texto controlado. Esto es lo que conocemos como *acciones de inconstitucionalidad o cuestiones de constitucionalidad*. El propósito de este tipo de reclamaciones consiste en la impugnación del texto controlado, fundada ésta en la infracción de un precepto constitucional.

La impugnación, el ataque a la validez, la reclamación de un vicio forma parte esencial del contenido de las acciones de inconstitucionalidad. Ello porque la magistratura constitucional no existe tanto para confirmar la validez de las normas que se controlan, como cuanto para negárselas. La doctrina y la jurisprudencia comparada han afirmado, por ejemplo, que la obtención de una *sentencia interpretativa* no puede ser objeto de una pretensión procesal constitucional⁹⁷. No es necesario solicitar la expresa declaración de constitucionalidad pues, entre otras razones, las normas se presumen constitucionales⁹⁸.

b) Por otra parte, el contenido específico de lo que se solicita al tribunal puede consistir, aparte de la operación intelectual de comparación, en defender la constitucionalidad del texto cuestionado. Esto es lo que llamamos *acción de constitucionalidad*. La existencia de este tipo específico de pretensión (como contenido de acción) la encontramos en aquel caso en que el Contralor General de la República representa la inconstitucionalidad de un DFL., y ante la imposibilidad de insistir, la cuestión es derivada por el Presidente de la República a la judicatura constitucional. Esta hipótesis de control preventivo de los DFL. (fundada en el inciso 3º del art. 88 CPR.) presenta diferencias con las simples pretensiones de constitucionalidad que se formulan durante los procesos de control obligatorio y facultativo; ella consiste en que la alegación o defensa de constitucionalidad forma parte de la misma acción.

Cuando se reclama contra la presunta inconstitucionalidad de un texto, y alguien aparece defendiendo la legitimidad de éste, la alegación de este último no constituye propiamente una acción, ni tampoco una excepción. No se trata de una acción pues ésta, o no existe (control obligatorio) o no ha sido ejercida por quien defiende la constitucionalidad de la norma (como sí es el caso del art. 88 inciso 3º CPR.). Ya vimos recién cómo las acciones sólo podían tener por finalidad declarar la inconstitucionalidad de las leyes, mas no su constitucionalidad. De otra parte, tampoco es verdaderamente una excepción (que en el proceso civil tiene por mérito centrar la materia de la litis); a lo más, constituye una defensa.

⁹⁷ En este sentido, vid.: MONTORO, Miguel: *jurisdicción constitucional y procesos constitucionales* (Ed. Colex, España, 1991), p. 112; también en PÉREZ-SERRANO J., Nicolás: *El Tribunal Constitucional. Formularios y Doctrina Procesal* (Ed. Tecnos, Madrid, 1986), P. 222.

⁹⁸ Sobre la presunción de constitucionalidad vid.: CANOSA USERA, Raúl: *Interpretación constitucional y fórmula política* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1988), donde se lo formula como un principio de interpretación constitucional justificado por la necesidad de conservar el Derecho, lo que, precisamente, supone en éste una coherencia "sólo descartable si se demuestra la supuesta irregularidad" (p. 202) y MONTORO, Miguel: *jurisdicción constitucional y procesos constitucionales* (Ed. Colex, España, 1991), p. 210; En Chile, ha sido reconocido por RIBERA NEUMANN, Teodoro: "El Tribunal Constitucional y su aporte al desarrollo del Derecho", en *E.P.*, n° 34 (1989), p. 224-225 y ZAPATA LARRAÍN, Patricio: *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Corporación Tiempo 2.000, Santiago de Chile, 1994), p.19, donde reconoce, no obstante, no haber jurisprudencia constitucional sobre el particular.

5.3. Naturaleza teórica o real de la cuestión de constitucionalidad

Uno de los aspectos en que ha venido insistiendo nuestra jurisprudencia constitucional desde el año 1984⁹⁹, y que ha reiterado en fallos de 1992¹⁰⁰ y 1995¹⁰¹, dice relación con la existencia real o concreta de la cuestión de constitucionalidad, la cual ha de quedar de manifiesto en las actas o deliberaciones correspondientes. Si bien no encontramos en las actas de la CENC. una discusión acabada sobre el particular¹⁰², podemos creer que esta práctica obedece a un propósito por racionalizar el ejercicio de la función de control, a fin de que no se tienda a continuar el debate parlamentario ante los estrados del tribunal¹⁰³. A pesar de que aquella justificación pueda parecer razonable -a la luz de los fines de la justicia constitucional-, no tiene asidero en nuestra legislación.

Nuestro Tribunal de hecho ha resuelto que “cuando un requerimiento provenga de una de las Cámaras o de una parte de sus miembros, haya quedado de manifiesto en las deliberaciones, sesiones y actas respectivas, que ha surgido, que se ha suscitado una cuestión por la que se ponga en duda la constitucionalidad de una norma o disposición de un proyecto de ley. Si tal hecho no se ha presentado, habrá certeza de que la cuestión de constitucionalidad no se ha presentado y que, consiguientemente, no habrá base alguna para que exista un requerimiento al Tribunal Constitucional. No es de esta manera, un evento sorpresivo el que un requerimiento sea formulado, ya que necesariamente, debe contar con un antecedente preciso de cuestión de constitucionalidad, puesto públicamente de manifiesto” (cons. 15º, STC., 10 de febrero de 1995, en RDJ., 92.2.2.6, p. 30), declaración que vino a complementar los criterios evacuados en los fallos roles N° 23 y N° 147¹⁰⁴, en cuanto a la naturaleza y características de la cuestión de constitucionalidad, conflicto que debe preceder real y efectivamente a la presentación formal del reclamo ante el Tribunal.

Aquí formulamos la siguiente interrogante: ¿significa esto que el control eventual de constitucionalidad está subordinado a la explicitación previa de la divergencia, formulada durante la discusión parlamentaria y consignada en los respectivos documentos? Creemos que no. Concordamos en que normalmente el requerimiento es la culminación de una serie de diferencias de opinión en torno a la constitucionalidad de una norma, debate que generalmente se materializa en las comisiones legis-

⁹⁹ STC., 26 de septiembre de 1984, en *REJ. I*, pp. 161 y ss.

¹⁰⁰ STC., 30 de abril de 1992, en *REJ. II*, pp. 502 y ss.

¹⁰¹ STC., 10 de febrero de 1995, en RDJ. 92.1.2.6, pp. 23 y ss. Aspecto comentado por nosotros en: “El caso de la Deuda Subordinada. Comentarios a la jurisprudencia del Excmo. Tribunal Constitucional (Fallos Roles N° 207 y N° 209 de 1995)”, en *RDUVC. XVI* (1995), pp.304-306.

¹⁰² A título referencial, vid. CENC., S. 359a, p. 2357 (intervención Sr. ORTÚZAR).

¹⁰³ En este sentido, vid.: PÉREZ ROYO, Javier: *Tribunal Constitucional y separación de poderes* (Ed. Tecnos, Madrid, 1988), p. 49 y GARCÍA MARTÍNEZ, Asunción: *El recurso de inconstitucionalidad. El proceso directo de inconstitucionalidad* (Ed. Trivium, Madrid, 1992), p. 55.

¹⁰⁴ De este fallo, su considerando 3º: “Que de los antecedentes acompañados por los requirientes, especialmente de los Diarios de Sesiones de la H. Cámara de Diputados en que consta la discusión del proyecto, no se constata la existencia de una cuestión de constitucionalidad, más aún si se tiene en consideración que los requirientes no hicieron presentes en la discusión de la iniciativa las objeciones constitucionales correspondientes.” En esta oportunidad, al igual que en el Rol N° 23, se rechazó el requerimiento.

lativas (tanto en las que estudian el proyecto como en las que absuelven consultas acerca de las dudas de constitucionalidad) o en la sala de sesiones (sobre todo si no hay tiempo para analizar el proyecto en comisión, como suele suceder en caso de proceder la “*discusión inmediata*”), sin contar las declaraciones a la prensa u otros medios informales de publicitar el conflicto. Sin embargo, que las cosas sucedan generalmente de una manera no significa que no puedan suceder de otra. Desde este punto de vista, no parece que la Carta Fundamental haya puesto como requisito de admisibilidad del requerimiento el hecho de que la cuestión conste o quede de manifiesto en las deliberaciones, sesiones y actas respectivas.

El particular alcance dado a la “preparación del requerimiento”, por finalista que sea, ha terminado por rigidizar o formalizar el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad. En efecto, en la práctica parlamentaria ya es habitual pedir que se deje “constancia en actas” de la formulación de una cuestión de constitucionalidad, ello como un trámite más para cumplir.

5.4. Efectos de la acción sobre la competencia del Tribunal (¿centra o limita el debate?)

Si aceptamos que la funcionalidad de la acción es bastante diferente según se trate de procesos obligatorios o facultativos, tanto que en un caso sin acción no hay proceso y en el otro, exista o no, igual lo hay, entonces debemos admitir que el contenido del reclamo no es indiferente en uno y otro caso.

5.4.1. Control obligatorio

En efecto, tratándose del control obligatorio de constitucionalidad hay proceso sin acción. El proceso viene impuesto por la propia Constitución, por lo que el envío que conforme a la ley toca realizar a la Cámara de origen¹⁰⁵ no constituye ejercicio de ninguna acción. Por lo mismo, si es la propia Constitución la que ordena fiscalizar preceptos de cierta naturaleza, la eventual existencia de pretensiones o reclamaciones, dentro del expediente de control obligatorio, no altera en un ápice la competencia del Tribunal para cuestionar cualquier norma del proyecto. Esto es así especialmente hoy, cuando nuestro tribunal tiende a sentar la regla que sostiene que le toca a él calificar, dentro de un proyecto enviado para control obligatorio, qué preceptos corresponde fiscalizar.

Un aspecto distinto, y que conviene hacer presente para evitar cualquier confusión, es aquel que dice relación con las facultades del tribunal para controlar de oficio preceptos que no han sido enviados para su control, cuando ni siquiera forman parte de un proyecto mayor que sí se ha sometido a control. Esta situación, distinta de la anterior, se refiere a la omisión total del control obligatorio. Para estos casos rige totalmente el principio de pasividad contenido en el art. 3º inciso 1º LOTC. Ello significa que el tribunal no está facultado para iniciar de oficio un expediente de control cuando las cámaras han omitido enviarle a control un proyecto o precepto que, conforme a la Constitución, debiera ser obligatoriamente enjuiciado.

La Constitución (art. 82 inciso 3º) y la Ley Orgánica del Tribunal dejan el envío de un proyecto para su control a criterio de la Cámara de origen, por lo que, aun si ésta no cumple con su obligación, el tribunal no puede requerirla de oficio. Si no existe voluntad parlamentaria para exigir su fiscalización, el problema deriva en un vicio de forma y de fondo, que sólo -de cumplirse el resto de los supuestos constitu-

¹⁰⁵ Art. 34 inciso 1º LOTC.

cionales- puede revisar la Corte Suprema por la vía de la inaplicabilidad. Hemos dicho “si no existe voluntad parlamentaria”, debemos agregar: si no existe tampoco voluntad del Presidente de la República. De existir esa voluntad, ella habrá de materializarse en un requerimiento, y por tanto en una acción, de donde se seguirá la aplicación de los principios del control facultativo.

Lo anterior no está exento de problemas. Puesto que se trataría de un requerimiento fundado, por ejemplo, en la supuesta naturaleza orgánica del texto, podemos formular la siguiente pregunta ¿podría el tribunal actuar como si se tratara de un control obligatorio, calificando -oficiosamente- tanto lo reclamado como lo no reclamado? La respuesta dependerá de la eficacia que aquí reconozcamos a la acción. Si reconocemos que por el sólo hecho de interponerse la acción el proceso se gobierna por los principios del control facultativo, entonces deberíamos concluir que allí el tribunal no podrá conocer sino aquellos preceptos cuyo control el requerimiento echaba en falta. Si, por el contrario, reconocemos que por tratarse de un reclamo fundado en la falta de control obligatorio el proceso se gobierna por los principios menos rígidos del control obligatorio, resulta que el tribunal podría incluso entrar a conocer de la constitucionalidad de los preceptos no considerados materia de LOC., tanto por los requirentes como por la Cámara infractora. Esto último parece aceptable, pues guarda armonía con la reciente jurisprudencia del Tribunal y con la circunstancia de que es la propia Constitución la que señala cuáles preceptos se sujetan a control obligatorio y cuáles no. En ese sentido es indiferente el consenso político -tácito o expreso- que exista en orden a no calificar determinada materia como propia de una legislación formalmente más rígida. Esto último quizá parezca más acorde con la finalidad última del proceso y de la justicia constitucionales -ordenar los conflictos políticos-, pero esa finalidad ha sido, en alguna medida distorsionada al establecerse el sistema del control previo y obligatorio, que sólo deja a la prudencia de los jueces constitucionales el no intervenir cuando nadie se los ha pedido.

En síntesis, por no haber una acción eficiente que origine el proceso, no pueden haber limitaciones a la competencia del tribunal para enjuiciar las normas que él estime inconstitucionales. Esto último es lo que marca una de las especialidades del control obligatorio y preventivo cuando no hay pretensiones: que es el mismo tribunal quien resuelve sus propias dudas de constitucionalidad, todo ello conforme a su propia lectura del texto controlado. A falta de *petitum*, no puede haber *ultrapetita*.

5.4.2. Control facultativo

A diferencia de las hipótesis del N° 1 del art. 82 CPR., el constituyente dejó a criterio del legislador el fiscalizar las normas señaladas en los N°s 2 y 3 del artículo 82 CPR. Al no establecer su control preceptivo, son los propios órganos habilitados para reclamar los encargados de someter a enjuiciamiento las normas que consideren infractoras del orden constitucional. Salvo el caso que aludíamos recién (el reclamo para observar el incumplimiento del control obligatorio), en el control facultativo son las propias partes legitimadas para recurrir las encargadas de limitar o centrar el juicio en aquellas partes que lo consideren necesario. Adquiere aquí especial fuerza el principio de *pasividad* reconocido en el art. 3° LOTC., regla que se encuentra en especial armonía con el fundamento político de la justicia constitucional. Si las mayorías y las minorías están contestes en reconocer la legitimidad constitucional de un texto legislativo, se evita la inútil intervención de un órgano mediador.

Habiendo aquí *petitum*, y siendo éste la frontera jurídica del proceso, cabe hablar de *ultrapetita*.

5.4.2.1. Diferencia entre las normas *impugnadas* y las normas *infringidas* y entre control previo y control *a posteriori*.

La afirmación de que en los procesos facultativos la pretensión procesal centra la competencia del tribunal demanda una precisión, en orden a distinguir entre las normas constitucionales infringidas y las partes del precepto que se atacan. En cuanto al primer aspecto -normas constitucionales infringidas- la LOTC. reconoce un amplio margen de discrecionalidad al Tribunal. El art. 44 LOTC. establece que “el Tribunal podrá fundar la declaración de constitucionalidad, *respecto de las normas cuestionadas*, en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya sido invocado o no en el requerimiento”.

La norma citada es fundamental para entender el margen de limitación en la competencia del Tribunal. Por una parte confirma el principio *iura novit curia*, y por la otra (en cuanto hace hincapié sobre las *normas cuestionadas*), reafirma la pasividad del juez, en el sentido de prohibirle ir más allá de lo cuestionado. El problema, sin embargo, está en la falta de mecanismos procesales para reclamar de la eventual *ultrapetita*, puesto que, como se sabe, el art. 32 LOTC excluye cualquier posibilidad de reclamación.

5.5. Funcionalidad de la acción

La funcionalidad o eficacia de la acción evidentemente no puede ser la misma si en unos casos ella determina el nacimiento del proceso y, en otros, el proceso viene impuesto por la propia Constitución. En efecto, los procesos obligatorios no pueden articularse -como podrían serlo los facultativos- conforme a la tradicional concepción del proceso como un instrumento jurídico de satisfacción de pretensiones. Vistas así las cosas, la satisfacción de una pretensión externa constituye únicamente el fin de los procesos facultativos de control. El viejo aforismo del *nemo iudex sine actore* sólo cabe tratándose del control facultativo; en el control obligatorio los poderes del juez se asemejan

5.5.1. Posibilidad de interposición de un requerimiento contra un proyecto sujeto a control obligatorio: la cuestión de constitucionalidad y los preceptos sujetos a control obligatorio (35 inc. 3º LOTC)

Es perfectamente posible que durante la tramitación de preceptos teóricamente controlables por obligación, se susciten cuestiones de constitucionalidad¹⁰⁶. La verdad es que nada obsta a que antes de terminar su tramitación se presente un requerimiento de inconstitucionalidad en su contra¹⁰⁷.

La verdad es que los límites para el ejercicio de la acción son sólo políticos, basados, principalmente, en la prudencia de los agentes del proceso legislativo y en las particulares condiciones del sistema de gobierno imperante. Los límites jurídicos

¹⁰⁶ Así lo reconoce la propia LOTC. (art. 34 inciso 3º y 35 inciso 5º).

¹⁰⁷ “El Consejo Constitucional francés ha declarado que el control de constitucionalidad preventivo y obligatorio de las leyes orgánicas excluye la posibilidad de admitir requerimientos parlamentarios dirigidos contra proyectos de tal naturaleza. Lo anterior no obsta, sin embargo, a que sería admisible un requerimiento parlamentario dirigido contra un precepto específico de ley orgánica, en tanto y en cuanto, se alegue y pruebe que la norma impugnada tiene carácter común”, ZAPATA LARRAÍN, Patricio: *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Corporación Tiempo 2.000, Santiago de Chile, 1994), p. 99.

(v. gr. casos de inadmisibilidad de un requerimiento) no son suficientes para disciplinar un adecuado uso del recurso ante el Tribunal Constitucional.

5.6. Legitimación activa

Quiénes gozan de legitimación activa en nuestro sistema constitucional de control de constitucionalidad por el TC. son: i) el Presidente de la República, ii) cualquiera de las Cámaras, o iii) una cuarta parte de sus miembros en ejercicio¹⁰⁸.

Esta especial aptitud para ser parte en el proceso de control de constitucionalidad, y que en la teoría general del proceso viene dada por la particular posición del actor frente a la pretensión¹⁰⁹, se da de una forma muy especial en el art. 82 CPR. En efecto, dicho artículo contiene una lista cerrada de agentes legitimados para requerir o instar por la intervención del Tribunal. Ese elenco estricto de actores, se ha justificado por existir en nuestro país una instancia posterior que permite siempre la intervención de particulares: el recurso de inaplicabilidad. Esta no es una nota peculiar de nuestro sistema constitucional; algunos autores españoles han señalado que “el recurso de inconstitucionalidad no tiene como finalidad primaria la salvaguardia de los derechos subjetivos, sino la protección del orden constitucional, es, por así decirlo, un recurso en interés de la Constitución y esta finalidad es la única justificación de la legitimación activa para interponerlo. Precisamente por ello, el recurso de inconstitucionalidad no se da sólo contra las leyes que regulan el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, sino contra todo género de leyes”¹¹⁰; se trata entonces de establecer quiénes pueden ser los “defensores abstractos de la Constitución”¹¹¹.

Otros explican esta restricción, sencillamente, en la voluntad de evitar un ejercicio abusivo de la acción de inconstitucionalidad¹¹² o en razones de prudencia política, seguridad y normalidad jurídica¹¹³. Argumentos como éste fueron incluso expuestos en la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, donde se arguyó que “posibilitar a los particulares recurrir al Tribunal Constitucional implica, primero, menoscabar la majestad de éste, pues se lo obliga a estar fallando permanentemente infinidad de casos, y segundo, hace del todo incongruente la mantención del recurso de inaplicabilidad”¹¹⁴.

¹⁰⁸ El fundamento de esta medida porcentual radica en el propósito de buscar una adecuada protección de las minorías.

¹⁰⁹ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Manual de Derecho Procesal Constitucional* (Ed. Civitas, Madrid, 1990), p. 107.

¹¹⁰ RUBIO LLORENTE, F. y ARAGÓN R., Manuel: “Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad”, en *EPol.*, n° 7 (1979), p. 162.

¹¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, en *REDC.*, n° 1 (1981), p. 49

¹¹² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *La jurisdicción constitucional en España* (Madrid, Ed. Dickynson, 1984), p. 32. En el mismo sentido: PERES BARBA, Gregorio: “El Tribunal Constitucional”, en *El Tribunal Constitucional* (Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981), vol. III, p. 2072.

¹¹³ Vid. la jurisprudencia del TC español, sustentando este criterio, en PÉREZ-SERRANO J., Nicolás: *El Tribunal Constitucional. Formularios y Doctrina Procesal* (Ed. Tecnos, Madrid, 1986), p. 43, también en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: “La legitimación activa en los procesos constitucionales”, en *REDC.*, n° 9 (1983), p. 11 y 24.

¹¹⁴ Comisionado Sr. Jaime GUZMAN, *CENC.* S. 359, p. 2360.

A pesar de ello, existe siempre una tendencia por reclamar mayor participación popular en estos procesos y, más que participación¹¹⁵, la evolución hacia un *numerus apertus* en materia de legitimación activa¹¹⁶ que, a lo menos -en el decir de algunos- se amplíe a determinadas instituciones relacionadas con la enseñanza e interpretación del Derecho, representativas de un pensamiento jurídico digno de ser tenido en cuenta a la hora de posibles colisiones entre la Constitución y la ley¹¹⁷. Bien puede pasar que aquellos en quienes la Constitución delega la función de reclamar y defender la Constitución no lo hagan¹¹⁸.

En todo caso, la práctica jurídica de nuestro tribunal demuestra que aquél es bastante abierto a recibir las opiniones de personas extrañas al poder legislativo, las que suelen formularse al tribunal a través del proverbial “*téngase presente*”, a lo cual el tribunal resuelve invariablemente: “*a sus antecedentes*”. La sana práctica del *amicus curiae*¹¹⁹ salva, en los hechos, alguna de las limitaciones propias del *numerus clausus* en materia de legitimación activa. Con todo, en caso alguno configura una posición en el proceso para quien las formula.

5.7. El interés en la acción. El *interés público objetivo*

La particularidad que demuestra la regulación constitucional de los sujetos legitimados para accionar ante nuestro TC., al igual que en otras legislaciones, consiste en que quien actúa ante la magistratura constitucional no lo hace necesariamente en relación con un interés propio; dicho de otra manera las autoridades públicas que intervienen lo hacen no porque ostenten la titularidad de los derechos o normas fundamentales violadas, “sino como portadores del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos”¹²⁰. Es claro que las autoridades públicas pueden tener intereses personales o políticos, pero independientemente de ellos tienen una especie

¹¹⁵ Que siempre la tienen los particulares, según el derecho de petición que les reconoce el art. 19 CPR. La acción pública esta sólo reservada para los números 7 y 10 del art. 82 CPR., casos de típica función jurisdiccional.

¹¹⁶ “De todos los medios previstos en la legislación comparada para engranar la justicia constitucional con la opinión pública, sin duda que el más útil es la acción que, ante el Tribunal Constitucional, puede interponer cualquier ciudadano”. CANOSA USERA, Raúl: *Interpretación constitucional y fórmula política* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1988), p. 54. Para esta ampliación de la tutela sobre los intereses colectivos: CAPPELLETTI, Mauro: “El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo” (trad. J. Rodríguez Zapata), en REDC., n° 4 (1982), p. 20. Una clasificación de los sistemas de control de constitucionalidad según sus posibilidades en materia de legitimación activa, en NOGUEIRA ALCALA: “La justicia Constitucional como defensa de la Constitución” en RChD., XX, n° 2-3 (1993), T. I, p. 424. En Chile ha reclamado mayor participación que la política: GÓMEZ BERNALES, Gastón, en MS. 11 de septiembre de 1994.

¹¹⁷ GONZÁLEZ DELEITO, Nicolás: *Tribunales Constitucionales. Organización y funcionamiento* (Tecnos, Madrid, 1980), p. 31.

¹¹⁸ Vid. DE VEGA GARCÍA, Pedro, en AA.VV.: *Constitución Española. Edición comentada* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979), p. 349.

¹¹⁹ Ejemplo clásico de esto: STC, 5 de abril de 1988 (Ley de Votaciones Populares y Escrutinios), en RFJ. II, pp. 1287 y ss.

¹²⁰ MONTORO, Miguel: *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales* (Ed. Colex, España, 1991), p. 174.

de función pública que cumplir, cual es “el poner en marcha los mecanismos de depuración del ordenamiento jurídico”¹²¹.

La existencia de una suerte de *interés público objetivo* o *interés de los poderes públicos*, que se presume de la investidura política de los legitimados, es un aspecto indiscutido de la legitimación activa en la función de control de constitucionalidad de las leyes. Así, se habla de una actuación de los sujetos legitimados como verdaderos “procuradores” o “apoderados” de la Constitución¹²², o de un “interés público de defensa de la supremacía constitucional”¹²³.

Este interés objetivo supone entonces también una especie de proceso objetivo¹²⁴ en que el agente no defiende intereses propios, por lo que no puede tampoco disponer de ellos. Aun cuando las autoridades a que se refiere el art. 82 CPR. pueden disponer de sus acciones (nos referimos, por supuesto, al control facultativo, donde la noción de acción es útil), no pueden disponer de ese interés constitucional que las fundamenta. La consecuencia más importante de esta afirmación dice relación con la improcedencia del *desistimiento* de la acción como modo de terminar el proceso. Si los agentes legitimados no disponen del interés que sustenta la acción, malamente puede su renuncia tener algún efecto extintivo para el proceso. Esta afirmación es válida tanto para los desistimientos colectivos como para los desistimientos individuales, que suelen constatarse en la práctica¹²⁵. Nuestro Tribunal, si bien suele no prestar atención a los primeros, toma en consideración los segundos.

5.8. El proceso constitucional

Hablar de una *acción* y de una función de control radicada en un *órgano* constitucional, supone hablar de un proceso que las vincula, este es el *proceso constitucional* materia propia del Derecho Procesal Constitucional. Cosa diversa es, por cierto, el procedimiento o las reglas conforme a las cuales ese procedimiento se desarrollará.

El proceso constitucional, evidentemente contagiado por el contexto de funciones y de órganos en el que se desenvuelve, tiene como propias todas las peculiaridades de la llamada función de control de constitucionalidad de la ley: su contenido y propósito de enjuiciamiento del Derecho, todas las peculiaridades de la norma de decisión, la politicidad de la controversia, del fallo y de sus consecuencias y, finalmente la incidencia positiva en el proceso de creación del derecho. Esas peculiarida-

¹²¹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: “La legitimación activa en los procesos constitucionales”, en *REDC.*, n.º 9 (1983), p. 23.

¹²² LEBRETON, J. P.: “Les particularités de la jurisdiction constitutionnelle”, en *RDPSP.*, n.º 2 (1983), p. 426.

¹²³ GARCÍA MARTÍNEZ, Asunción: *El recurso de inconstitucionalidad. El proceso directo de inconstitucionalidad* (Ed. Trivium, Madrid, 1992), p. 146. En un sentido parecido: AROZAMENA SIERRA, Jerónimo: *El recurso de inconstitucionalidad*, en AA.VV. *El Tribunal Constitucional* (Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981), p. 163.

¹²⁴ AJA, Eliseo *et al.*: *Manual de Jurisprudencia Constitucional* (Ed. Civitas, Madrid, 1990), p. 50 y CANO MATA, Antonio: “Los ciudadanos y su posible intervención en el recurso de amparo y demás impugnaciones residenciadas en el Tribunal Constitucional”, en *RAP.*, n.º 106 (1985), p. 21.

¹²⁵ Nos referimos a los desistimientos particulares presentados después de interpuesto el requerimiento. Así, por ejemplo: En el expediente Rol N.º 220 (STC, de 13 de agosto de 1995), el TC. resuelve ante el desistimiento del H. Senador S. Romero: “Téngase presente” (resolución de fecha 8 de agosto de 1995).

des propias de toda la jurisdicción constitucional se concretan en una serie de características propias del proceso:

i) *Se trata de un proceso objetivo.* Es decir, frente a la pretensión (sea que se la formulen al juez, sea que este mismo se la formule) sólo queda la resolución del asunto. No es un proceso subjetivo en el que, en propiedad, quepa hablar de partes. Así como en los casos de la llamada jurisdicción voluntaria, parece tratarse más de *solicitantes* que partes en contradicción. Esto hace que el conocido principio procesal de la *contradicción* no tenga aplicación en esta modalidad de procesos por control de constitucionalidad. Así lo considera y también la mayoría de la doctrina comparada¹²⁶.

ii) *La oficialidad tiene un sentido muy especial.* Como hemos visto, estas facultades varían según se trate de controles preceptivos o facultativos. Según se trate de iniciar o impulsar el proceso, las facultades son diversas; para esto último rige el art. 30 LOTC. y para lo primero las normas imperativas del art. 82 CPR. La oficialidad también se aprecia en los casos de preventivo: tanto para la determinación del objeto controvertido como para determinar las normas impugnadas. Al término del proceso suele apreciarse también cuando extiende la declaración de inconstitucionalidad a preceptos no impugnados, pero a los cuales se extiende el vicio.

iii) *También se caracterizan por la brevedad con que cuenta el tribunal para resolver,* lo que en nuestro país es relativo tratándose del control obligatorio de constitucionalidad del art. 82 N° 1 CPR¹²⁷.

iv) Finalmente, *la decisión del asunto reviste características muy especiales en relación con sus efectos,* las que serán objeto de un análisis por separado.

5.9. Los sujetos de la controversia. *Las partes.*

En el proceso constitucional resulta difícil admitir la categoría de partes. Esto en cuanto no existe, en puridad, alguien que pida contra otro. La categoría de *protagonistas* y *antagonistas* no tiene lugar aquí, donde sólo existen sujetos legitimados objetivamente para reclamar, pero no para trenzarse en una controversia intersubjetiva. Si hay alguien a quien se le pide algo es al juez constitucional, que no es parte activa en el asunto¹²⁸.

¹²⁶ Vid. PARDO FALCÓN, Javier: *El Consejo Constitucional Francés* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1990), p. 90-91, 167 y 528; MONTORO, Miguel: *jurisdicción constitucional y procesos constitucionales* (Ed. Colex, España, 1991), p. 221; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.: *Curso de Derecho Administrativo* (3a ed., Civitas, Madrid, 1980), vol. I, p. 175; SCHLAICHER, Klaus, en AA.VV., *El Tribunal Constitucional y los derechos fundamentales (coloquio en Aix-en-Provence, Francia, 1981)* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984), p. 157-161;

ROUSILLON, Henry: "La Justice Constitutionnelle en France", en LRD., año 3, n° 1 (1989), p. 165; FAVOREU, Louis: "La décision de constitutionnalité", en R.I.D.C., n° 2 (1986), p. 613; SILVA BASCUÑAN, Alejandro: *El Tribunal Constitucional, en AA.VV., La reforma constitucional de 1970* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1ª ed., 1970), p. 227.

¹²⁷ "La lógica del control a priori implica en efecto que el juez constitucional resuelve rápidamente", Pierre BON: "El Conseil Constitutionnel francés y el modelo de Cortes Constitucionales europeas", en RChD., XX, n° 2-3 (1993), T. I, p. 390.

¹²⁸ Descartando los supuestos en que opera como si fuera parte, por ejemplo, al enjuiciar los textos conforme a sus propias interpretaciones.

La determinación del *quién* y del *contra quién* se pide es especialmente imposible en el control obligatorio, por cuanto muchas veces el juez actuará solo, al no haber sujetos que sostengan alguna argumentación contra el proyecto que controla.

Sobre esta materia nuestro Tribunal ha realizado una interpretación especial acerca de lo que se entiende, a nivel del control facultativo, por *órganos constitucionalmente comprometidos*. Ello porque el artículo 42 LOCTC. ordena que “*admitido a tramitación un requerimiento, deberá ponerse en conocimiento de los órganos constitucionalmente interesados, enviándoles copia de él, quienes dispondrán de cinco días, contados desde la fecha de la comunicación, para hacer llegar al Tribunal las observaciones y antecedentes que estimen necesarios. Transcurrido dicho plazo, el Tribunal procederá con la respuesta o sin ella*”. Amparándose en esta disposición el Banco Central de Chile, con fecha 25 de enero de 1995 presentó ante el Tribunal Constitucional, “*en su calidad de interesado directo en la resolución que se adopte sobre el particular*” una solicitud para que el requerimiento formulado en contra del proyecto de ley derogatoria del inciso 4° del art. 10° de la Ley N° 18.401 le fuera “*puesto oficialmente en su conocimiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 42 de la Ley N° 17.997, a fin de que pueda hacer llegar al Tribunal las observaciones y antecedentes que sean pertinentes*”. El Tribunal, con fecha 27 de enero de 1995, proveyó lo que sigue: “*Siendo órganos constitucionalmente interesados en la aprobación del proyecto de ley impugnado, el Presidente de la República, autor del Mensaje, la Cámara de Diputados y el Senado, en sus calidades de órganos colegisladores, solamente a ellos corresponde poner en conocimiento la formulación del respectivo requerimiento, quienes deberán hacer sus observaciones y acompañar los antecedentes que estimen necesarios en el plazo señalado por la ley. No siendo el Banco Central uno de dichos órganos, no ha lugar a lo solicitado*”¹²⁹. Con esta declaración se sentó el principio de la restricción del alcance de la frase “*órganos constitucionalmente interesados*” a que alude el art. 42 LOCTC., en la medida que solamente incluye a los órganos colegisladores. Si se concibe la cuestión de constitucionalidad como el desacuerdo entre órganos colegisladores (o al interior del parlamento) respecto de la constitucionalidad de una norma (Cfr. STC, de 26 de septiembre de 1984) y al fallo como la solución de dicha diferencia, entonces la resolución transcrita es correcta. Lo contrario supondría admitir, por ejemplo, la intervención de la Contraloría, de cualquier juez letrado (en tanto miembro del Poder Judicial), del Consejo de Seguridad Nacional, etc., etc., casi como si se tratara de terceristas que intervienen en un juicio contradictorio. Dicha solución, además, guarda plena armonía con lo que hemos llamado *la controversia o litigio constitucional en sentido estricto*.

¹²⁹ La resolución anterior no fue sin embargo óbice para que el Banco Central expusiera sus planteamientos, el que, siguiendo una práctica tradicional en nuestros foros, presentó sucesivos escritos de “tégase presente”, los cuales fueron recibidos e incluso tenidos en cuenta por el tribunal al momento de extender el fallo (vid. STC, 10 de febrero de 1995, N° VI y cons. 48°, 49° y 50°, en RDJ., 92.1.2.6, pp. 23 y ss.).

VI. LOS EFECTOS DEL PROCESO. LA COSA JUZGADA EN SEDE CONSTITUCIONAL

6. De la sentencia constitucional. Los efectos del proceso

El sentido finalista de la sentencia dictada en los procesos de control de constitucionalidad, es -como se dijo al comenzar este trabajo- hacer "justicia a la Constitución". A diferencia de la interpretación auténtica de la Carta, este tipo de interpretación es motivada¹³⁰, circunstancia esta última que permite legitimar la decisión de juez¹³¹.

Sin contar con los supuestos extraordinarios de terminación (desistimiento -de difícil aceptación-, sentencias de inadmisibilidad, hechos sobrevinientes, etc.), el proceso suele terminar en una sentencia. El punto, en adelante, radicará en encontrarle un sentido especial a esa sentencia, es cuestionar el verdadero alcance de sus efectos.

Un primer problema que se aprecia radica en la dificultad para trasponer en sede constitucional la noción clásica de cosa juzgada. El dinamismo del Derecho justiciable y el fin de la función de control, hace imposible transpolar aquí todo lo que puede decirse en sede procesal ordinaria. Si tenemos en cuenta la misma naturaleza *institucional* de los sujetos comprometidos (manifestada en las particularidades del interés para accionar), concluimos que no cabe aquí aplicar eso que se conoce como los *límites subjetivos* de la cosa juzgada. Por otra parte, si tomamos en consideración la particular ductibilidad de lo pedido, la relativa disponibilidad sobre la causa de pedir, la conclusión será la misma: la teoría procesal de la cosa juzgada en sede constitucional no cabe. Esa misma ausencia permite hacernos dudar, entonces, de la verdadera naturaleza jurisdiccional de la función de control, especialmente cuando éste es preventivo. Sólo se admite la noción de cosa juzgada formal (art. 32 LOTC.), la que -en todo caso- en sede preventiva se confunde con la misma creación del derecho controlado.

La fuerza mayor que alcanza la sentencia del juez se aprecia en los casos de control que hemos analizado a propósito de los DFL. En efecto, conforme al art. 46 LOTC., "*la sentencia que acoja el reclamo presentado por el Presidente de la República será comunicada al Contralor General para que proceda, de inmediato, a tomar razón del decreto con fuerza de ley respectivo*"; por otra parte establece que "*la sentencia que acoja un reclamo respecto de todo o parte de un decreto con fuerza de ley del cual la Contraloría General hubiere tomado razón, se publicará en el Diario Oficial dentro de tres días contados desde la fecha de la dictación de la sentencia y la norma respectiva quedará sin efecto de pleno derecho*". En este último caso, la verdad es que se trata de una competencia de anulación de un acto administrativo con fuerza de ley, por lo que cae en el terreno intermedio entre lo que es sentencia judicial y acto con fuerza abrogatoria de una ley; en realidad tiene verdadera fuerza de ley (no rige para un caso concreto, sino que tiene efectos generales).

En el control *a priori*, la diferencia es sustancial. Puesto que el órgano interviene durante el proceso mismo de formación de la ley. A este propósito resultan espe-

¹³⁰ CANOSA USERA, Raúl; *Interpretación constitucional y fórmula política* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1988), p. 29-30.

¹³¹ Se trata, en el fondo de tratar de distanciar al juez de la política, además de legitimarlo democráticamente: GECK, Wilhelm: "Nombramiento y status de los magistrados del Tribunal Constitucional Federal Alemán" (trad. J. Puente Egido), en REDC., n° 22 (1988), p. 198.

cialmente ilustrativos los antecedentes de la gestación de la Ley Nº 17.284, que creó por vez primera un Tribunal Constitucional en nuestro país. El proyecto original del Presidente Frei Montalva establecía que las disposiciones que el tribunal declarara inconstitucionales sólo podían renovarse transcurridos que fueran dos años desde la fecha del pronunciamiento. Esta frase fue tempranamente suprimida en el primer trámite de la reforma¹³², por lo que siempre se entendió que un proyecto declarado inconstitucional podía ser vuelto a presentar siempre¹³³. Así también se entiende actualmente, extendiendo la declaración de inconstitucionalidad sólo al proyecto de que se trata, por lo que, por ejemplo, no se admiten indicaciones para reponer textos ya declarados inconstitucionales por el TC.¹³⁴ Nuestra doctrina nacional así también lo ha entendido¹³⁵.

¹³² Vid. Primer informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados: *DSCD.*, S. 9 de abril de 1969.

¹³³ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: El Tribunal Constitucional, en AA.VV., *La reforma constitucional de 1970* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1ª ed., 1970), p. 270.

¹³⁴ Vid. el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado y sus antecedentes en *DSS.*, S. 20 de diciembre de 1990, pp. 2351 y ss.; S. 16 de junio de 1993, pp. 713 y ss. y 6 de julio de 1993, pp. 998 y ss.

¹³⁵ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María: *Efectos de la resolución de constitucionalidad*, en *RChD.*, XV, n° 2-3 (1988), p. 327.