

UNIVERSIDAD DE ATACAMA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
CARRERA DE DERECHO



**EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, ¿UN EXCESIVO FRENADO HACIA
LA LABOR DEL LEGISLADOR?**

Alumno: Jean López Moncada

Profesor Guía: Emilio Garrote Campillay

Memoria presentada en conformidad a los requisitos para Obtener el Grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas

ATACAMA
CHILE, 2020

ÍNDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
Procedimientos Metodológicos	3
CAPÍTULO I	8
1.1 Estado del Arte.....	8
1.2 Marco Referencial.....	10
1.2.1 El Tribunal Constitucional (TC) y sus facultades.....	10
1.2.2 Las Atribuciones del Tribunal Constitucional en la Práctica	11
1.2.3 Las funciones del Tribunal Constitucional.....	15
1.2.4 La autonomía del legislador	16
1.2.5 El sistema de doble control concentrado de constitucionalidad chileno	19
CAPÍTULO II	27
a) Sistema norteamericano de control de constitucionalidad	27
c) Sistema español de control de constitucionalidad	31
d) Sistema francés de control de constitucionalidad.....	34
CAPÍTULO III	37
EL CONTROL PREVENTIVO OBLIGATORIO EN CHILE	37
a) Origen.....	37
b) Concepto y objetivo.....	39
c) Innovaciones introducidas desde 2005	40
d) Características.....	41
3.1 Naturaleza del control preventivo obligatorio.....	42
a) Postura escéptica	43
b) Postura jurisdiccional	44
c) Acercamiento a la toma de razón de la Contraloría General de la República	45
d) Justificación del Control Preventivo Obligatorio.....	45
3.2 Ventajas y desventajas del control preventivo obligatorio.....	47
a) Ventajas	48
BIBLIOGRAFÍA	55

AGRADECIMIENTOS

El haber llegado hasta esta instancia académica ha sido sin duda la culminación de un proceso que nunca fue ajeno al rigor, la dificultad, la incertidumbre y muchas veces la desilusión hicieron que cada paso hacia la meta se hiciera mucho más grande a medida que se ha ido avanzando.

En mi vida no he podido lograr nada sin la ayuda de Dios quien ha sido como una lumbre en el camino de la vida, no solo en lo académico, sino que también en el diario vivir, ya que, en su paz logre encontrar la sabiduría que he logrado adquirir en todo este proceso de formación.

Parte de este logro va dirigido a mis padres y Patricia a quienes les dedico esta tesis por haberme brindado su comprensión y apoyo incondicional, por sus consejos que me ayudaron a tomar las mejores decisiones y por creer en mí.

Finalmente agradezco a mis amigos y amigas que, si bien nunca fueron muchos, siempre me manifestaron las mejores energías para lograr llegar hasta aquí, sinceramente gracias a quienes están y a los que no, desde lo más profundo de mi corazón este esfuerzo también es de ustedes.

INTRODUCCIÓN

Desde las sociedades más primitivas han existido desigualdades inevitables, las cuales creaban conflictos entre las personas, otrora se pensaba que la legitimidad del poder provenía de lo divino, hasta que, a partir del Renacimiento, muchos doctrinarios, como Maquiavelo, Hobbes, Locke o Rousseau, comenzaron a plantear nuevas formas de legitimidad del poder, por lo que con el pasar del tiempo fue necesario crear un Estado moderno, una organización política con capacidad de crear y hacer cumplir un ordenamiento jurídico mediante el uso de la fuerza, cuyas normas son los primeros antecedentes del constitucionalismo, debido a que contaban con una característica especial de fundamentalidad¹, por la cual se organizaba a la sociedad.

Así, el constitucionalismo es una respuesta teórica y filosófica a una pregunta *per se*, que radicaba en cuál debe ser la legitimidad del ejercicio del poder político, surgiendo entonces esta forma de racionalizar el poder, de legitimarlo a través de su sometimiento a una norma jurídica superior, una Constitución, por la cual las y los gobernantes sólo puedan actuar bajo los preceptos que la norma les autoriza.

Ossorio (2003) establece que el constitucionalismo está referido a la existencia de una Constitución que se constituye en la norma más importante del ordenamiento jurídico, a la cual están subordinados el resto de las normas y órganos de poder. De esa manera, el constitucionalismo es una forma de organización estatal a través de la existencia de una Constitución, donde tanto el pueblo como las y los gobernantes están sometidos a su normatividad. Es decir que, mediante el constitucionalismo, tanto el poder constituyente como el poder constituido están regidos a un texto constitucional que va a organizar el poder, limitándolo y reconociendo los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En diversas latitudes se fueron creando los Tribunales Constitucionales garante de establecer el control de la constitucionalidad de las leyes, el amparo en materia de garantías individuales, la resolución de conflictos entre la República y las regiones autónomas y el control

¹ La fundamentalidad denota una cualidad de la Constitución jurídico-positiva que, lógicamente, hace que ésta se califique como "Ley Fundamental del Estado." Entraña, por ende, que dicha Constitución sea el ordenamiento básico de toda la estructura jurídica estatal, es decir, el cimiento sobre el que se asienta el sistema normativo de derecho en su integridad

de la responsabilidad criminal del Jefe del Estado, del Presidente del Consejo y de los Ministros, del Presidente y los Magistrados del Tribunal Supremo, y del Fiscal de la República

En Chile, antes de la vigencia de la Constitución Política de 1925, la posibilidad de controlar la constitucionalidad de la ley era inexistente atendido el claro tenor del art. 164 de la Constitución Política de 1833: “Sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno de sus artículos”. Fue así como la Constitución Política de 1925 establece, por primera vez en el ordenamiento jurídico chileno, la posibilidad de que la constitucionalidad de la ley fuera controlada por un órgano ajeno al mismo Congreso Nacional.

Entonces, durante la administración de Frei Montalva se modificó la Constitución para crear por primera vez en la historia un órgano autónomo llamado Tribunal Constitucional. Este nuevo órgano buscaba ante todo resolver el conflicto de poder entre el Poder Ejecutivo y Legislativo en la interpretación de la Constitución. Contaba con otras funciones, como ejercer el control constitucional en lo que se refería a convocatorias a plebiscitos, dictación de decretos y aprobación de tratados internacionales. Así, se erigió en Chile, el único órgano estatal capaz de imponerle al Congreso el deber de respetar la Constitución, puede anular una ley aprobada por el Congreso democrático, es decir, es la última voz frente al poderío de la mayoría.

Existe un control preventivo de carácter obligatorio en la Carta de 1980 que ejerce el Tribunal tanto en relación con las leyes interpretativas de la Constitución como a las leyes orgánicas constitucionales despachadas por el Congreso. el control preventivo obligatorio se inserta dentro de los diversos instrumentos jurídicos propios de la concepción de forma de Estado de «democracia protegida» establecida por ella, particularmente las leyes de quorum supra-mayoritario, y cuya finalidad primordial es evitar el desborde gubernamental en la función legislativa.

La primera reforma a la Constitución a destacar aconteció previo al advenimiento de la democracia, la cual, pese a que no logró modificar las atribuciones ni composición del Tribunal Constitucional, suprimió la facultad del primer mandatario de poder disolver las sesiones de la Cámara de Diputados. La segunda reforma relevante fue la llevada a cabo el año 2005, tras quince años del retorno a la democracia, donde nuevamente la forma de Estado establecida en la Constitución fue objeto de importantes cambios.

En la actualidad el TC enfrenta diversos cuestionamientos de las autoridades legislativas que van desde apuntar que este ha equivocado la voluntad soberana expresada en la Constitución, hasta que se ha convertido en un órgano colegislador, transformándose en una tercera instancia legislativa, lo que denota una desviación del rol fundamental y el debilitamiento de la posición que ocupa en la actual estructura institucional. Según lo establecido, el TC dentro de sus atribuciones debe "ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación". Facultades que no deben confundirse con una invasión de la esfera de acción de otro poder del Estado, sino como una instancia necesaria que contribuye a la propia calidad del proceso legislativo. Ante lo expuesto esta investigación pretende analizar como a través del control preventivo el Tribunal Constitucional se transforma en un colegislador obstaculizando la labor del legislador

Procedimientos Metodológicos

El abordaje metodológico pertinente al logro de los objetivos de la investigación atendió a lo expuesto por Fidias (2016,p.26), el cual describe el Marco Metodológico como “La metodología del proyecto incluye el tipo o tipos de investigación, las técnicas y los instrumentos que serán utilizados para llevar a cabo la indagación”, por lo que puede inferirse que el fin del marco metodológico es situar los métodos o instrumentos que se emplearon en este proyecto, donde se aborda el tipo, el diseño, la unidad de análisis y técnicas de procesamiento y análisis de datos.

La presente investigación de acuerdo con la fuente originaria de información es una investigación de carácter Documental puesto que la misma se nutre de los estudios ya realizados y viene a unificar los diversos criterios que se manejan en las Ciencias Sociales y que son relativos al Derecho Comparado. Tamayo (2016) expone que se entiende por investigación documental,

el estudio de problemas con propósito de ampliar y profundizar el conocimiento de su naturaleza, con apoyo, principalmente, en fuente bibliográfica y documentales. La originalidad del estudio se refleja en el enfoque, criterios, conceptualizaciones, conclusiones, recomendaciones y, en general, el pensamiento del autor de la investigación (p. 3)

Según los propósitos de aplicación inmediata o no de los resultados obtenidos la presente se enmarca en la investigación pura o básica ya que se realiza con la finalidad de aumentar los conocimientos en la Teoría General del Derecho Comparado unificando los criterios que se han desarrollado a lo largo de la historia en cuanto a su relación y aplicación actual con las Ciencias Sociales.

De acuerdo con los objetivos de la investigación es meramente descriptiva, ya que lo que se busca es señalar sistemáticamente de manera historicista la creación del Tribunal Constitucional, a fin de entender su dinámica, así como la exposición de los temas más controversiales en el último año donde la labor del legislador puede denotar una actitud de autocontrol en el ejercicio de su función interpretativa. Lo que en definitiva no es fácil determinar es, si la investigación planteada es Sociológico-Jurídico o Dogmática Jurídica, por lo tanto, se debe determinar a qué se refiere cada uno de estos criterios por separado. Así Gonzaga (1965) opina:

La Sociología del Derecho puede ser definida con sencillez y amplitud a través de la interconexión de los dos términos de su nomenclatura: La Sociología Jurídica se ocupa de la influencia de los factores sociales en el Derecho y la incidencia que este tiene, a su vez en la sociedad; la mutua independencia de lo social y lo jurídico (p.17).

Si bien es cierto que la investigación entra dentro de los parámetros de la Sociología Jurídica, no se puede dejar de lado que la misma forma parte de la Teoría General del Derecho Comparado y por lo tanto entra la Hermenéutica Jurídica a realizar su aporte, así Belandria (2012) opina:

La misión de la ciencia jurídica será el conocimiento de los comportamientos efectivos de la conducta; elaboración técnica de los contenidos jurídicos. Cómo elaborar leyes, cómo reformarlas, cómo interpretarlas, cómo aplicarlas, determinar la jerarquía entre ellas, etc.

Por ello se le denomina también Dogmática Jurídica, y se le denomina así porque ella, como todas las ciencias parte de supuestos que ella misma no explica” (p 32).

Vistas las anteriores opiniones no queda más que adoptar una posición ecléctica entre los dos criterios ya que para este tipo de investigación donde se mezcla la teoría general del Derecho y la Sociología del Derecho no se puede desligar uno de otro.

El presente estudio fue de diseño cualitativo, el cual según Vera (2017, p.58) es considerado como un “proceso donde se estudia la calidad de las actividades, relaciones, asuntos, medios, materiales o instrumentos en una determinada situación o problema, procurando lograr una descripción holística”. Desde esta perspectiva, esta investigación de diseño cualitativo produjo datos descriptivos, desde las propias palabras de las personas, habladas o escritas y la conducta observable, argumenta Piñeiro (2018) “ello expresa el nivel de complejidad de esta, así como la carga subjetiva que posee” (p.57).

Es importante indicar que la investigación cualitativa posee una serie de pasos importantes, el primero de ellos es la fase descriptiva, es intensa y laboriosa, exige meticulosidad para efectuar los registros derivados de las memorias escritas, sujeta a la discusión y definición de los criterios para establecer las líneas didácticas fundamentales de las experiencias.

El segundo paso corresponde con la abstracción teórica, tiene que ver con la precisión de la teoría que corresponde a través de constructo maduros y conceptos trans-observacionales, derivada de la contemplación formal de la experiencia, de la observación del hecho sistematizado, para lo cual la actitud de acercamiento total, holístico, fue fundamental.

El tercer paso corresponde a la anacrítica, actividad referida al análisis de la teoría, una vez explicitada y a la correspondencia crítica. Inicialmente se expusieron los criterios que rigieron la postura analítica, a ser tenidos en cuenta para este efecto; el análisis permitió adentrarse en el conocimiento de la experiencia, en otra dimensión, a niveles más profundos que revisten complejidad.

Con el conocimiento que provee el análisis, se procede con el juicio, tanto de la experiencia como de la teoría, bajo el enfoque holístico; a fin de presentar la argumentación de cada aspecto criticado, se emiten los juicios correspondientes y se exponen los resultados.

Finalmente, las conclusiones, en esta fase se exponen los aportes, se determinan las falencias, las distinciones, las debilidades y las potencialidades que se señalaran, a su vez se emitirá las informaciones más precisas sobre la teoría. El efecto conclusivo produce una especie

de cierre gestálgico que permite apreciar en toda su magnitud el esfuerzo realizado y el sentido de lo que de este trabajo emana. Por ello, es necesario señalar que todas las fases de esta investigación se sucedieron de manera simultánea y recursiva.

Este tipo de investigación demanda una adecuada selección del cuerpo de documentos o material de análisis. Se define la unidad de análisis como población de documentos, como la concreción del procedimiento de muestreo a seguir en su selección. Salvo que el universo sea escaso, lo habitual es escoger una muestra representativa de dicho universo. Se recomienda el procedimiento aleatorio, ya que ello permite una mayor representatividad. La selección muestral comienza con la elección de la fuente de comunicación (revistas, libros, periódicos, etc.). Luego sigue la extracción de documentos, y si estos son muy extensos, de partes de estos documentos.

Para el logro de los objetivos planteados, se realizó la reunión de los datos que constituyeron la materia prima de la investigación, a través del Método de la Observación Directa de los fenómenos que se han presentado sobre los Tribunales Constitucionales en Chile y su labor, los cuales existen y pueden ser divisados en la actualidad, y los que no pueden ser apreciados por los sentidos han traído consecuencias documentadas que pueden ser estudiadas y analizadas a través de la Observación Documental. Los documentos a los que se hace referencia son:

- Libros: las fuentes documentales que más se utilizaran en la investigación, entre ellos libros de texto, manuales, diccionarios, enciclopedias, así como obras de colección.
- Publicaciones Periódicas: Como las publicaciones de jurisprudencias, Gacetas Oficiales
- Instrumentos Legales: Constitución Nacional, Ley 17.997 Orgánica del Tribunal Constitucional
- Material Mimeográfico, como manuales de Reglas para presentación de Trabajos de Grado y algún material mimeográfico sobre Filosofía General del Derecho.
- Documentos Públicos: Sentencias del Tribunal Constitucional.

Para poder recopilar la información necesaria en el proceso de indagación, se realizó una selección y evaluación preliminar del material encontrado que pudiera formar parte de la investigación. Finol y Nava (2016), consideran que:

La selección y evaluación del material disponibles requiere de un conocimiento previo, tanto del problema que se investiga como de los lugares donde posiblemente se encuentra el material ciertamente valioso. De allí que la selección y evaluación exige una lectura exploratoria y una cala de la documentación existente a fin de ubicar la información necesaria para la comprobación de las hipótesis planteadas (p.70).

Por ello, para realizar la selección y evaluación regirá el modelo establecido en el diseño de la investigación, donde se establece un plan de acción o de actividades tomando en cuenta cada objetivo específico.

CAPÍTULO I

1.1 Estado del Arte

Toda investigación supone la consulta de fuentes especializadas de información que contextualizan el estudio emprendido y, en esa medida, definen sus alcances e intenciones. El objetivo de esta sección es presentar una sistematización del estado de la discusión y el conocimiento del tema de la investigación. Con este fin, se presentan los autores y textos que han servido de referentes para la realización de la investigación, y se rescatan aquellas nociones y propuestas centrales que resultan claves para entender las argumentaciones y razonamientos que se seguirán en el texto

Hermosilla, Evelyn (2018) elaboró en la Universidad Austral de Chile Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, un estudio titulado “Doctrina de la deferencia razonada al legislador en el control preventivo de constitucionalidad” El trabajo asumen posturas que son relevantes para entender la importancia de la necesidad de tomarse en serio la idea de la democracia en los procesos constitucionales, como una manera de asegurar la legitimidad que necesita cualquier Institución del Estado, en particular un tribunal que controla las decisiones de la mayoría parlamentaria.

Concluye que la doctrina o principio de la deferencia al legislador constituye un criterio de interpretación constitucional, a efectos de ser utilizado en el control preventivo de constitucionalidad, y comprende dos sentidos complementarios entre sí. El primero, dice relación con la actitud de respeto que los poderes públicos se deben entre sí. El segundo, exige de los poderes públicos el respeto y reconocimiento de las esferas competenciales que a cada uno le fue atribuido y dentro del cual estos toman sus decisiones. El contenido de esta doctrina –o elementos que la componen– son tres. La autonomía del legislador: que consiste en el margen de discrecionalidad que el constituyente le ha concedido al legislador para decidir las regulaciones normativas. Este elemento tiene estrecha relación con el principio de separación de poderes. La presunción de constitucionalidad de la ley: que se justifica por la dignidad democrática que detenta el órgano encargado de su dictación y por la aplicación análoga de la presunción de juridicidad que gozan todos los actos jurídicos (sentencias judiciales, actos administrativos, contratos, etc.). Por último, la interpretación conforme: es aquella que exige

interpretar las leyes de manera que resulten compatible con la CPR, por lo que el TC ha de buscar y escoger aquella interpretación que sea conforme con la CPR versus aquella que la contravenga

Pérez, Felipe (2014) elaboró en la Universidad de Chile un estudio titulado “El Tribunal Constitucional: Observaciones sobre su procesamiento de riesgo en relación con casos de alta connotación pública en el Chile actual”. Las constituciones en la modernidad han cumplido la función de separar el derecho de la política, brindando a ambos criterios de legitimidad procedimental en su operar. El actual Tribunal chileno existe desde la aprobación de la Constitución de 1980. Con la última reforma constitucional del año 2005, se ha visto enfrentado a casos de alta connotación pública que representan una novedad en el derecho constitucional vigente. Procesos que se relacionan con los derechos homosexuales, la relación entre privados y particulares en el derecho a la salud, la privacidad de la información o políticas públicas relacionadas con la fertilidad han sido materia de sentencia.

En otras palabras, existen derechos especialmente sensibles para la población que son factor de decisión judicial. De esta manera, se construye una relación entre decidores y afectados, donde los primeros deben considerar los impactos de su decisión. Esta última tensión en el Tribunal Constitucional –decidores/afectados- no ha logrado ser especificada conceptual y operacionalmente. En general, al Tribunal lo han considerado una herencia antidemocrática o un organismo de control de los poderes del Estado, olvidando su relación con el aseguramiento de los derechos fundamentales. Por ello esta investigación busca caracterizar al Tribunal Constitucional chileno como organización y su operación en casos de alta connotación pública relacionados con derechos fundamentales socialmente sensibles, considerando la forma de procesar el riesgo de los impactos de las decisiones relacionadas con estos derechos.

Coloma, Mauricio (2012) elaboró en la Universidad Austral de Chile un estudio titulado “Sentencias atípicas del tribunal constitucional chileno en el marco del control de constitucionalidad de las leyes”

El trabajo parte de un problema jurídico concreto que se refiere a determinar si el Tribunal Constitucional Chileno, al igual que sus pares europeos, utiliza la técnica no prevista expresamente por el ordenamiento jurídico, de acudir a la dictación de las denominadas sentencias atípicas, lejanas de la concepción clásica y expresamente autorizada para los tribunales constitucionales, de dictar sentencias que eliminen determinados preceptos del

ordenamiento jurídico, siendo la interrogante si el Tribunal Constitucional ha abandonado la función de legislador negativo para abordar una más amplia y compleja función la del legislador positivo.

Concluye que el recurso a la utilización de las sentencias atípicas es bastante frecuente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. El Tribunal Constitucional chileno dicta sentencias atípicas en el marco de los diversos controles de constitucionalidad de las leyes: en el marco del control de constitucionalidad preventivo, en el control de inaplicabilidad y en la cuestión de inconstitucionalidad. - Dentro de las sentencias atípicas, el recurso a las sentencias interpretativas o prevenciones, como también se le ha denominado, es el más frecuente dentro de esta clase de sentencias.

La proliferación de la dictación de sentencias atípicas, tanto en el sistema de justicia constitucional comparado, como en el nuestro demuestra que la concepción del legislador negativo se encuentra superada. En este sentido, se hace necesario modificar dicha concepción para adecuarla a los reales inconvenientes con los que se encuentra el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Estos inconvenientes, como ya lo hemos señalado, principalmente son aquellos que derivan de la anulación de los preceptos legales- esto es sin perjuicio de los inconvenientes que provienen del mismo ejercicio de la jurisdicción constitucional, como es aquella que se deriva del objeto sobre el cual recae esta actividad, al distinguirse entre enunciado y norma-, que en ocasiones viene a provocar efectos aún más perniciosos que la mantención de dicho precepto con el vicio de inconstitucionalidad

1.2 Marco Referencial

1.2.1 El Tribunal Constitucional (TC) y sus facultades

La Carta Magna de 1980 no consagró un nuevo sistema de control de la constitucionalidad, sino que perfeccionó el vigente hasta 1973. El mismo, por ello, deber ser comprendido teniendo en cuenta su evolución histórica, toda vez que surge en forma paulatina como contrapeso al aumento de las atribuciones del Presidente de la República y para hacer frente a la pasividad de los tribunales ordinarios de justicia en la defensa de la Constitución.(Bertelsen 1969) Así se explica, que junto al sistema norteamericano modificado,

que prevé una jurisdicción constitucional difusa -radicado en Chile en las Cortes de Apelaciones y en la Corte Suprema- coexista el sistema alemán-austríaco -personificado en el Tribunal Constitucional-. En términos generales puede indicarse, además, que la estructura de control constitucional se extiende también, entre otros órganos, a la Contraloría General de la República y al Tribunal Calificador de Elecciones, lo que denota la inexistencia de una concepción global del legislador al respecto

1.2.2 Las Atribuciones del Tribunal Constitucional en la Práctica

Las atribuciones del Tribunal Constitucional -cuyo nombre más preciso debió ser "Corte Constitucional" por la pluralidad de sus miembros- son enumeradas en forma taxativa en el artículo 82 CP, por lo que no pueden ser aumentadas por normas jurídicas de rango inferior o por el intérprete a través de la analogía² El propio Tribunal ha sido estricto en exigir respeto a esta normativa. En la sentencia recaída sobre el Proyecto de Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos, el Tribunal consideró que una "suspensión provisional del procedimiento de formación del partido" -que el proyecto de ley lo autorizaba a adoptar como complemento al artículo 8° CP- era una regla de carácter sustantiva y no procesal, distinta a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 8° N° 7° CP. En base a ello concluyó:

Que constituyendo esta facultad que se le confiere al Tribunal una nueva atribución no contenida entre aquellas que taxativamente señala el artículo 82 de la Carta Fundamental y teniendo presente que las facultades que la Constitución confiere a los órganos que ella crea son de derecho estricto, fuerza es concluir que el artículo 5° inciso 5°, del proyecto remitido es inconstitucional, porque vulnera el artículo 82 de la Carta Fundamental.³

El artículo 82 CP reguló las atribuciones del Tribunal Constitucional en doce numerales. La disposición constitucional transitoria XXI suspendió, hasta que entren en funciones el Senado y la Cámara de Diputados, la vigencia del artículo 82 N° 2° CP en lo referente a la atribución del Tribunal para resolver los conflictos de constitucionalidad de una reforma a la Carta Magna; del artículo 82 N° 8° CP, en lo que respecta al Presidente de la República como los numerales 4° (cuestiones de constitucionalidad relativas a la convocatoria de un plebiscito y 11°

² El sistema previsto en la Constitución de 1925 respecto del Tribunal Constitucional era similar, pero no idéntico. El artículo 78 b), literal f) permitía, por ley, aumentar las contiendas de competencia que debía resolver el Tribunal.

³ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 43, Considerando 34

(inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios) del artículo 82 CP. La Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (LOCTC),⁴ esquematizó estas competencias en cinco diferentes grupos, siendo ellos, el control obligatorio de la constitucionalidad (párrafo 1), los conflictos de constitucionalidad (párrafo 2), las inhabilidades e incompatibilidades de los Ministros de Estado y Parlamentarios (párrafo 3), los atentados contra el ordenamiento institucional (párrafo 4) y el que dice relación con los informes (párrafo 5). El artículo 93 de la Constitución Política establece las atribuciones que detenta este Tribunal, respecto de las cuales es posible distinguir entre aquellas que se refieren exclusivamente al ejercicio del control de constitucionalidad, y otras de carácter político o administrativo. Todas las anteriores se enuncian a continuación.

- (i) Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación.
- (ii) Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los Autos Acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones.
- (iii) Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.
- (iv) Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley.
- (v) Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones.

⁴ Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (LOCTC) N° 17.997, publicada en el Diario Oficial de fecha 19 de mayo de 1981

- (vi) Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.
- (vii) Resolver, por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior.
- (viii) Resolver los reclamos, en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda.
- (ix) Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución emitido por el Presidente de la República, respecto del cual la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional. En este caso, el requerimiento debe ser efectuado por el Presidente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 99 de la Constitución Política de la República.
- (x) Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieran tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, en conformidad a lo dispuesto en los párrafos sexto, séptimo y octavo del N° 15 del artículo 19 de la Constitución Política. Sin embargo, si la persona afectada fuere el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio.
- (xi) Informar al Senado en los casos a que se refiere el artículo 53 N° 7 de la Constitución.

- (i) Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los Tribunales de Justicia, que no correspondan al Senado.
- (ii) Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones.
- (iii) Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios.
- (iv) Calificar la inhabilidad invocada por un parlamentario, en los términos del inciso final del artículo 60, y pronunciarse sobre su renuncia al cargo.
- (v) Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63.

La reforma de 2005, como ya hemos señalado, extendió el ámbito de competencia del Tribunal. Así, estableció nuevas atribuciones, que enunciamos en los numerales (ii), (vi), (vii), (xii) y (xv) de más arriba. Asimismo, en la atribución señalada en el numeral (xvi), el campo de control constitucional de decretos supremos se extendió a cualquier tipo de vicio que pudiese afectarle. Por último, la reforma amplió la facultad de control de constitucionalidad preventivo-establecida en el numeral (i), incluyendo dentro de este tipo de control las normas de un tratado que versen sobre materias propias de leyes orgánicas constitucionales.

1.2.3 Las funciones del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional funciona en pleno o dividido en dos salas, siempre que se reúna el quórum para sesionar requerido por su Ley Orgánica Constitucional. Conforme al artículo 20 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, la toma de acuerdos deberá ceñirse a lo establecido en el Código Orgánico de Tribunales, respecto de las Cortes de Apelaciones (artículos 72 y siguientes), en lo que no sea contrario a la Ley Orgánica Constitucional en comento. El artículo 72 del código señalado establece que las resoluciones se adoptarán por la mayoría absoluta de votos conformes. No obstante, cabe hacer presente que el artículo 92 inciso quinto de la Constitución Política establece que el Tribunal adoptará sus acuerdos por simple mayoría, salvo en los casos en que se exija un quórum diferente, debiendo fallar conforme a derecho.

Analizadas las normas señaladas, a primera vista habría una discordancia entre la Constitución Política y la regulación orgánica del Tribunal. Empero, el inciso sexto del artículo 92 ya citado confiere la facultad de determinar el funcionamiento del Tribunal Constitucional a una ley orgánica constitucional. Por lo tanto, estimamos que no existe tal discordancia y que las normas deben ser interpretadas de manera tal que los acuerdos alcanzados por el Tribunal Constitucional solo se podrán adoptar por mayoría absoluta, conforme lo establece el artículo 72 de Código Orgánico de Tribunales.

El artículo 19 de la Ley Orgánica Constitucional dispone que el Tribunal debe sesionar en la capital de la República en sesiones ordinarias celebradas una vez a la semana o extraordinarias, convocadas por el Presidente del Tribunal o por dos o más miembros, estableciéndose normas generales de procedimiento y normas especiales tratándose de materias relativas al control obligatorio de constitucionalidad, conflictos de constitucionalidad, inhabilidades e incompatibilidades tanto de Ministros de Estados como de parlamentarios, atentados contra el ordenamiento constitucional, e informes; encontrándose facultado el Tribunal para dictar autos acordados a fin de reglamentar dichas materias y para requerir de cualquier poder, órgano público o autoridad, organización o partido político, los antecedentes que estime procedente encontrándose obligados a proporcionárselos.

En cuanto al conocimiento y fallo de las materias sometidas a su conocimiento, el Tribunal debe resolver guardando el orden de su antigüedad, salvo cuando motivos justificados exijan

que dicho orden se altere. En lo referente a la dictación de sentencias definitivas, éstas deben reunir los requisitos establecidos en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, y deben ser publicadas en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación.

En materia de recursos, contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procede recurso alguno, sin perjuicio de que puede el mismo Tribunal, conforme a la ley, pueda rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido. La sentencia que acoja un reclamo de inconstitucionalidad de un Decreto Supremo dictado por el Presidente de la República, que incida en materias de ley, queda sin efecto de pleno derecho con el solo mérito de dicha sentencia. Tratándose de auto acordados, decreto con fuerza de ley o la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, se entiende derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo y no producirá efecto retroactivo.

1.2.4 La autonomía del legislador

La autonomía del legislador busca amparar y reconocer el ámbito de discrecionalidad que este goza en su función normativa. Dado que la Constitución Política de la República de 1980 (en adelante, CPR) no puede regular de manera exhaustiva todas las materias que en ella contempla, por lo que solo establece las bases y lineamientos generales del Ordenamiento Jurídico, le corresponde al legislador desarrollar y complementar tales lineamientos generales. En el ejercicio de dicha labor, y a partir de las bases fijadas por el constituyente, se le reconoce autonomía al legislador para elegir una u otra fórmula normativa.

Escogida determinada fórmula normativa, no le compete al Tribunal Constitucional Chileno (en adelante TCCh) cuestionar el mérito o conveniencia de aquella. Así también lo entiende Zapata, citado por Hermosilla (2018) quien señala que, “dentro de los márgenes que impone el principio de “supremacía constitucional” (...), el legislador goza de una legítima autonomía. Autonomía que el TCCh, en aplicación de la “deferencia razonada”, no puede sino reconocer y respetar” (Silva,2016)

La autonomía del legislador también ha sido defendida por Ribera (1989) quien afirma que el Tribunal Constitucional “(...) ha de tener en vista que su función no es sustituir al legislador, por lo que debe respetar su autonomía para regular la sociedad dentro de los márgenes de la Ley Fundamental” (p.19). En respeto de tal autonomía, el Tribunal Constitucional no debe,

al menos en teoría, controlar aspectos de mérito, conveniencia y oportunidad de la ley aprobada democráticamente por el legislador. Si bien puede ocurrir que el legislador apruebe una ley que, dado el contexto social o ciertas contingencias, sea completamente ineficaz o innecesaria, ello es un asunto que le corresponde al legislador discutir y decidir. Y si tal ley resulta aprobada por el Congreso Nacional, quiere decir que la sociedad, a través de sus representantes electos democráticamente, ha decidido aprobar dicha ley, pese a que esta pueda resultar ineficaz o innecesaria.

Declarar inconstitucional la ley, aun cuando esta no infrinja abiertamente las disposiciones de la CPR, implica un desconocimiento de las decisiones democráticas adoptadas por el legislador, y, por ende, de sus competencias. A mayor redundancia, Colombo (2001) afirma que el tribunal no legisla ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales. Sólo debe resolver si se ajustan o no a los preceptos constitucionales. (...) No puede inmiscuirse en la esencia del ejercicio de las funciones públicas que le corresponden al Congreso Nacional (p.20).

Todo ello en virtud del espacio de discrecionalidad del que goza el legislador y como consecuencia del principio de separación de poderes. Sobre este punto cabe traer a colación el Fallo Rol N° 43 que data del año 1987 y que corresponde al primer antecedente en la jurisprudencia en materia de deferencia. En dicho fallo, el Tribunal Constitucional muestra una actitud deferente con el legislador al controlar el Proyecto de Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos. El Tribunal Constitucional reconoce expresamente la autonomía del legislador para regular la existencia y funcionamiento de los partidos políticos, por lo que rechaza pronunciarse sobre cuestiones de mérito del Proyecto de ley controlado.

Así, en el considerando 22° señala que, “(...) la Carta Fundamental ha entregado a la ley regular o complementar el derecho constitucional en estudio, por lo que debe reconocérsele autonomía suficiente para reglar en forma prudente, y dentro de latitudes razonables, la materia de que se trata (...)” (p.21). Enseguida, sostiene que, “(...) al Tribunal Constitucional solo le está confiado ejercer un control de constitucionalidad sobre la ley orgánica y no emitir juicios de méritos sobre ella. Si así no procediere, se excedería en sus atribuciones transformándose en un órgano colegislador, lo que constituiría una grave infracción a la Constitución” (p.22)

En la misma línea, se destaca una prevención del ministro Correa en el Fallo Rol N° 786-07, que rechaza un requerimiento de inconstitucionalidad del Proyecto de ley que modifica la

Ley N° 20.084, la que establece determinada sanción a los adolescentes condenados a cinco años o más de privación de libertad. En dicha prevención, Correa valida la constitucionalidad del precepto legal que impone la pena de internación en régimen cerrado, al afirmar que el legislador no viola el principio de ultima ratio al establecer la sanción en cuestión, pues hace uso de su discrecionalidad, en conformidad a las normas internacionales, la cual no podría ser calificada de irracional.

Agrega que, si bien puede discutirse que la sanción impuesta pueda ser eficaz o no, ello constituye un debate sobre el mérito que solo le corresponde realizar al legislador y no al Tribunal Constitucional (Zuñiga,2010). La doctrina de la deferencia razonada al legislador es una consecuencia del principio de separación de poderes y surge como una vía para eliminar o atenuar el peligro del activismo judicial. Se busca evitar el activismo judicial ya que puede dar lugar al llamado “gobierno de los jueces”, el cual pretende que “(...) decisiones políticas importantes y menos importantes las adopte la “aristocracia de toga” y no los “poderes públicos” democráticos que en la disputa con el voto popular han obtenido la legitimidad necesaria para impulsar agendas políticas, programas gubernamentales y políticas públicas (Zuñiga, p.24).

Es por lo anterior que el autor citado aboga para que en el Tribunal Constitucional prime una autocomprensión como un tribunal de Derecho, con una posición orientada al balance de poder, actuando desde la deferencia (que implica entre otras cosas, la no justiciabilidad de cuestiones políticas) y autolimitación con los poderes públicos democráticos.

Es innegable la importancia de la labor que ejerce el Tribunal Constitucional en el Ordenamiento Jurídico como un órgano especializado en la defensa de la Carta Fundamental, y, especialmente, del principio de supremacía constitucional. Sin embargo, no se debe olvidar que “la figura del Tribunal Constitucional surge asociada a la de un “legislador negativo” que, en todo caso, no tiene la virtud de sustituir al legislador en su función propia, atentando contra el principio de separación de funciones del Estado.

No obstante que la labor original del Tribunal Constitucional es la de un legislador negativo, no puede desconocerse el hecho de que en no pocas ocasiones este órgano ha extralimitado sus funciones, arrogándose competencias propias del poder legislativo. Tal extralimitación de funciones puede presentarse a través de “la dictación de las denominadas sentencias interpretativas y sentencias manipulativas que complementan, corrigen o, incluso, sustituyen la voluntad del legislador” (Supra, p.27). Por otra parte, pero relacionado con la

autonomía del legislador y el principio de separación de poderes, cabe traer a colación la clásica discusión respecto a los contornos que tiene el Tribunal Constitucional, el que suele ser calificado como un órgano de tinte político antes que jurisdiccional. Como bien lo señala Bordalí, citado por Hermosilla (2018), el hecho de que en el control preventivo haya una cercanía tan estrecha entre la deliberación de ambas Cámaras y el Tribunal Constitucional, invita a la opinión pública y a la doctrina a identificar al Tribunal Constitucional como un ente político: una especie de tercera cámara.

Más aún si se considera que este órgano, que carece de representación democrática, declara inconstitucional una ley que días antes había sido aprobada por la mayoría de un órgano electo democráticamente. En síntesis, la politización y pérdida de legitimidad del Tribunal Constitucional serían grandes desventajas del control preventivo. Años más tarde, el mismo autor sostiene que es deseable que los jueces del Tribunal Constitucional tengan mayor legitimidad democrática. Ello en consideración de los casos de aplicación directa de la CPR, pues esta tiene una menor densidad normativa con relación a una ley, lo que necesariamente implica un mayor grado de politicidad. Sin embargo, ello no implica que el Tribunal Constitucional realice una actividad política del mismo modo que la que realiza el Parlamento. Finalmente, solo cabe añadir que es deseable que el Tribunal Constitucional sea respetuoso con la autonomía del legislador toda vez que este decida normar una u otra materia. Ello en respeto, también, de la legitimidad democrática que le es entregada en cada proceso electoral.

1.2.5 El sistema de doble control concentrado de constitucionalidad chileno

Según Nogueira (2003) La Carta de 1980 mantiene un control represivo de constitucionalidad de los preceptos legales en forma concentrada y con efectos *Inter partes* en la Corte Suprema de Justicia, a través del denominado "recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad", establecido en el artículo 80 de la Carta Fundamental. Dicho control de constitucionalidad de los preceptos legales solo declara inaplicable un precepto legal en una "gestión" judicial concreta, ya no "juicio" como decía la Carta de 1925, no dejando duda alguna de que puede declararse inaplicable un precepto de rango legal en una gestión judicial no contenciosa.

El precepto legal considerado contrario al enunciado normativo constitucional suspende su eficacia para ese caso particular, sin invalidarlo, ya que dicho precepto normativo

considerado inconstitucional en dicha gestión judicial continúa formando parte del ordenamiento jurídico. A ello debe agregarse que la sentencia de la Corte Suprema que determina la inaplicabilidad del precepto legal no tiene fuerza obligatoria ni efectos persuasivos respecto de los tribunales inferiores: tribunales de primera instancia y Cortes de Apelaciones. Todo ello muestra que este control represivo, concreto y con efectos *Inter partes*, constituye una institución jurídica débil como instrumento para dotar de fuerza normativa a la Constitución y dar protección efectiva a los derechos esenciales de las personas.(Nogueira, 2003)

Este sistema de control concentrado de constitucionalidad de carácter represivo en manos de la Corte Suprema procede a iniciativa de la parte afectada en la gestión judicial, ya sea que la gestión se encuentra en otra instancia de los tribunales ordinarios o ante la propia Corte Suprema, como, asimismo, procede también de oficio cuando el asunto está radicado en la propia Corte Suprema, lo que constituye una innovación de la Carta de 1980. (Ríos, 2002)

Los tribunales de primera instancia y cortes de apelaciones, no pueden declarar la inaplicabilidad de preceptos legales contrarios a la Constitución, no tienen iniciativa para plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema ni tampoco ante el Tribunal Constitucional, producto de la concepción ya planteada por el constituyente de 1925 de que entregar el control de constitucionalidad de la ley a los tribunales ordinarios "politizaba" a los jueces, lo que debía evitarse, entregando dicho control sólo a la Corte Suprema. La jurisprudencia de la Corte Suprema en materia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad durante la vigencia de la Carta Fundamental de 1925 fue errática y formalista (Bertelsen,1969), refugiándose en la doctrina clásica de la separación de poderes se declaraba incompetente para conocer de la inconstitucionalidad de decretos con fuerza de ley, negándose a conocer de las inconstitucionalidades formales de los preceptos legales y rechazando los recursos de inaplicabilidad por cuestiones formales de no mencionarse expresamente la disposición constitucional afectada, posición que se mantendrá como práctica jurisprudencial durante la vigencia de la Carta de 1980, siendo un escaso número de recursos acogidos, careciendo de relevancia jurídica como institución de control de constitucionalidad(Gómez, 1987).

Cabe consignar que planteado por la parte afectada el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, si la Corte Suprema de Justicia no decide la suspensión del procedimiento, la gestión judicial sigue adelante y puede ser resuelta antes de que se falle el recurso de

inaplicabilidad, por tanto, si hay sentencia ejecutoriada, no es posible continuar con el recurso de inaplicabilidad por no haber "gestión judicial pendiente".

Esta última situación se ha mitigado en parte, por la redacción dada por la última oración del artículo 80 de la Constitución, la cual señala que la Corte Suprema puede ordenar "la suspensión del procedimiento", siendo ésta una facultad nueva de la Corte, inexistente bajo el imperio de la Carta Fundamental de 1925.

Es necesario señalar que la Corte Suprema hasta el presente sigue manteniendo como criterio de mayoría, desde el establecimiento del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la Carta de 1925, que la Corte no puede inaplicar un precepto legal por inconstitucionalidad formal.

En todo caso, se debe explicitar que, respecto de la legislación preconstitucional, al igual que en España, todos los jueces y tribunales deben inaplicarla si consideran que ha quedado derogada por la Constitución, oponiéndose a ella (derogación tácita), la que sólo tiene efectos *Inter partes*.

El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ha tenido escasa relevancia durante el imperio de las Cartas Fundamentales de 1925 y 1980, debido al excesivo rigorismo formalista de la jurisprudencia de la Corte Suprema y su auto restricción para emplear su competencia de declarar de oficio la inaplicabilidad por inconstitucionalidad en los casos en que está conociendo, mostrando su escaso interés por el ejercicio de esta competencia.

El Tribunal Constitucional en la Constitución chilena de 1980, se restablece como sucesor del Tribunal Constitucional creado en la reforma constitucional de 1970 a la Constitución de 1925, y que rigió entre 1971 hasta el golpe de Estado de 1973.

El Tribunal Constitucional surge en Chile de propuestas académicas, en efecto, el profesor Francisco Cumplido Cereceda lo plantea en 1958, y en 1963, en un conjunto de foros realizados en la Biblioteca Nacional, dirigidos por el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, don Jorge Guzmán Dinator, se recomienda la creación de un Tribunal Constitucional (Verdugo, 1997)

Sería el Presidente de la República Eduardo Frei Montalva, el que propondría a través de una reforma constitucional en 1965 la creación de un Tribunal Constitucional con el objeto de solucionar los conflictos entre gobierno y parlamento y fortalecer la jurisdicción constitucional. El Tribunal Constitucional nacería a la vida jurídica sólo en 1970 con la aprobación de la

consiguiente reforma constitucional, entrando en funciones en 1971, teniendo una fugaz vida, tronchada por el golpe de estado militar del 11 de septiembre de 1973

La Constitución de 1980, surgida en plena vigencia del régimen autoritario militar, establece un nuevo Tribunal Constitucional, el que constituye un órgano constitucional independiente, que ejerce jurisdicción constitucional, situado fuera de los poderes clásicos, tiene un capítulo propio en la Carta Fundamental, el séptimo, cuyos artículos 81 a 83 regulan su integración y competencias (Andrade,1996).

Las competencias del Tribunal Constitucional chileno se caracterizan por ser determinadas constitucionalmente, de carácter taxativo, exclusivas, improrrogables e indelegables y de ejercicio inexcusable.

Las competencias del Tribunal Constitucional están expresamente señaladas en el texto de la Carta Fundamental por lo cual ellas no pueden ser alteradas por el legislador. Dichas competencias son únicamente las que el texto constitucional señala en su artículo 82, la inexcusabilidad del ejercicio de su competencia está contemplada en el artículo 73 de la Constitución.

La incompetencia por falta de jurisdicción la resuelve el propio Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo 18 de la ley 17.997 Orgánica del Tribunal Constitucional.

Las competencias del Tribunal Constitucional se amplían del texto de la Carta de 1925 a la de 1980, *el control de constitucionalidad de normas jurídicas abarca nuevas materias*, además de las ya contempladas en el texto de la Carta de 1925, reformada en 1970, ellas son las siguientes: la resolución de las cuestiones de constitucionalidad que se susciten respecto de un proyecto de reforma constitucional (artículo 82 N 2); el control obligatorio y preventivo de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpretan algún precepto de la Constitución (artículo 82 N 1); resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley (artículo 82 N 3); resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República dicte un decreto inconstitucional (artículo 82 N 5); resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente (artículo 82 N 6); resolver sobre la Constitucionalidad de los decretos supremos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria

del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60 de la Constitución (artículo 82 N 12).

Aumenta también el ámbito de las competencias en materia de organización institucional, ya que además de las ya contempladas en la Carta de 1925 referentes a las inhabilidades constitucionales y legales que afectaren a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones, se agregan las de pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios (artículo 82 N 11) y la de informar al Senado en los casos en que éste deba pronunciarse declarando la inhabilidad del Presidente de la República o del Presidente Electo cuando un impedimento físico o mental lo inhabilite para el ejercicio de sus funciones o declarar si los motivos en que se origina la dimisión del Presidente de la República son o no fundados y, en consecuencia, admitirla o desecharla (artículo 82 N 9).

Sin embargo, el constituyente de 1980 resta al Tribunal Constitucional la competencia que le había otorgado el constituyente derivado de 1970 de resolver las contiendas de competencias que determinaran las leyes, que es una atribución de la esencia de un Tribunal Constitucional.

Por último, el constituyente de 1980 le entregó un ámbito competencial nuevo, de carácter sancionador, como es el de declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo, determinar la responsabilidad y sanción de las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, los cuales, de acuerdo al artículo 19 N 15, inciso sexto, son los actos o conductas que no respetan los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuran el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propaguen o inciten a ella como método de acción política. Si la persona responsable del ilícito constitucional fuere el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio (artículo 82 N7).

Es necesario establecer, al concluir este análisis que en un proyecto de reforma constitucional en actual tramitación en el Senado de la República de Chile, entre otras materias, se establece que la Corte Suprema de Justicia pierde sus competencias tradicionales en materia de control de constitucionalidad, al traspasarse el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos legales al Tribunal Constitucional, de acuerdo a la

modificación de los artículos 80 y 82 N 6 de la Constitución, así el Tribunal Constitucional sería el único órgano constitucional que podría declarar la inaplicabilidad de todo precepto legal que corresponda aplicar en la decisión de cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, fallo que produce efectos *inter partes*. Sin perjuicio de ello, la norma del proyecto de reforma constitucional en trámite posibilita que ante tres fallos uniformes puede declararse la inconstitucionalidad del precepto legal respectivo con efecto *erga omnes* o generales, de oficio o a petición de parte, de mero trámite o por mayoría calificada, según sea la situación.

Puede sostenerse que el Tribunal Constitucional chileno tiene las características propias de la naturaleza de una Corte Constitucional, señalando, además, que Chile camina por la senda de la estructuración de un sistema de control concentrado en un órgano único especializado de jurisdicción constitucional extra poder, cuyas resoluciones producen cosa juzgada y efectos generales, como ocurre actualmente con Bolivia en América del Sur.

La Constitución fija el sistema de reparto de poderes normativos que atañen a la organización básica del Estado y, por otra parte, establece valores superiores, principios, derechos, deberes y garantías que permiten fijar la separación del Estado de la sociedad civil, además del tipo de relaciones que las personas y sus grupos tienen con el poder público. La superioridad jerárquica de la Constitución, que permitió concebir la doctrina de la pirámide del ordenamiento jurídico de Kelsen, emana de la concepción de que la Ley Fundamental es fruto de la autodeterminación política de una comunidad que se organiza, permitiendo la unión de este principio de jerarquía de la constitución con el principio democrático en la edificación del Estado.

Precisamente a partir de esta autodeterminación de los Estados, nace la necesidad de resguardar la armonía de la Carta Fundamental, evitando cualquier sentido o interés que la contravenga, admitiendo que los preceptos contrarios a ésta no sean aplicables. Así, se han implementado distintas formas de control de constitucionalidad, a fin de otorgar seguridad y certeza jurídica, evitando la coexistencia de normas contradictorias dentro del ordenamiento jurídico.

En cuanto a las instituciones de control de constitucionalidad, en nuestro país se ha establecido, a la luz de la reforma constitucional de 2005, un sistema que radica en el Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de la ley, generando un monopolio del contencioso constitucional, tanto respecto del control preventivo como del represivo, abstracto

y concreto. Antes de la reforma constitucional antes referida, existía en Chile una judicatura dual. Por un lado, la Corte Suprema conocía de las acciones de inaplicabilidad, llevando a cabo un control represivo y facultativo. Por otra parte, el Tribunal Constitucional ejercía un control preventivo obligatorio de determinados preceptos legales. Para concluir, la reforma constitucional promulgada por medio de la Ley N° 20.050, culmina consolidando un sistema de monopolios de “jurisdicciones”. Así, el monopolio del contencioso constitucional lo ostenta el Tribunal Constitucional; monopolio del contencioso civil y penal se radica en el Poder Judicial; y el monopolio en el contencioso electoral en la Justicia Electoral. De lo anterior, se derivan las siguientes consecuencias:

- (i) Se extingue el control difuso en la legislación chilena.
- (ii) El Tribunal Constitucional ejerce el monopolio del contencioso constitucional.
- (iii) Se pone fin a un conjunto de desviaciones jurisprudenciales y posiciones doctrinarias que pretendían mantener vigente un control difuso, que sólo venía a quebrar el principio de seguridad jurídica.
- (iv) En sede de “inaplicabilidad y cuestión de inconstitucionalidad” en conocimiento del Tribunal Constitucional, se ha permitido que el derecho asimile la evolución de la sociedad, al adquirir un control permanente y actual.

1.2.6 Deferencia hacia el legislador.

En Chile la deferencia al legislador se ha entendido como un límite para que el TC no se inmiscuya en políticas públicas, la legitimidad democrática que posee le otorgaría cierta esfera competencial en la cual el TC no podría entrometerse. De una manera muy concisa lo indica Zapata (2008), cuando se refiere que la deferencia al legislador consiste “en reconocer al órgano responsable de la producción de preceptos jurídicos la potestad de buscar de manera flexible las fórmulas normativas que, ajustadas a la Carta Fundamental, le parezcan necesarias o convenientes para la mejor consecución del bien común”(p.233), la clave se encuentra en la palabra “flexible”, eso quiere decir que el legislador contempla un abanico de posibles fórmulas normativas y es su decisión cual emplea como política pública, salvo claro está, que no se encuentre ajustada a la Carta Fundamental.

En la misma línea Silva (2018) propone que “el legislador tiene libertad para elegir la regulación que considere más apropiada y ello no está sujeto a control jurisdiccional. Sólo si infringe los márgenes que contempla la Ley Fundamental, puede el Tribunal Constitucional intervenir para reparar el vicio de constitucionalidad que se haya producido” (p.20) . Los dos autores concuerdan tanto en la facultad del legislador para establecer la regulación normativa que estime necesaria, como igualmente en que, si el legislador infringe los márgenes de la Constitución, el TC podría actuar controlando ese acto. Ahora bien, el TC como intérprete de la Constitución tendría el deber primero de encontrar alguna interpretación del precepto que se ajuste a ella, esto es una consecuencia del principio de deferencia razonada y se denomina como “interpretación conforme”. La interpretación conforme se aplicaría cuando un precepto controlado da pie a varias interpretaciones, entonces el TC deberá; controlar todas las interpretaciones, desechar las interpretaciones que sean contrarias a la constitución y posteriormente establecer la interpretación que considere conforme a la Carta Fundamental.

Esto significa que el precepto en si no es inconstitucional, sino que depende del intérprete y el sentido que este le dé, de este modo el TC evitaría derogar en todo momento normas dictadas por el legislador y, en su faceta de intérprete constitucional, establecería interpretaciones que no contravengan la Constitución. La interpretación conforme “se ha transformado en una especie de parámetro general para su control de constitucionalidad, y que es una consecuencia directa de la deferencia que le debe al legislador” (Martínez, 2015) Ahora bien, esto no siempre podría ser posible ya que, si la redacción de la norma es manifiestamente inconstitucional, es muy probable que la interpretación de esta también lo sea.

CAPÍTULO II

DIVERSOS SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Flores (et-al,2013) manifiesta que fue Hans Kelsen quien planteó la idea de establecer un tribunal independiente encargado de velar por la supremacía constitucional. Si bien es cierto que el primer Tribunal con estas características fue creado por la Constitución de Austria del año 1920, el planteamiento antes citado fue seguido en mayor medida una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial (Kelsen, 1995). Ejemplos de ello lo constituyen los Tribunales Constitucionales o Consejos Constitucionales creados en Italia (1947), Alemania (1949), Francia (1958) y finalmente España y Portugal (1978).

Durante la otra mitad del siglo XX, la mayoría de los países latinoamericanos siguieron los postulados de Kelsen, en el sentido de que “no se puede...proponer una solución uniforme para todas las constituciones posibles: la organización de la jurisdicción constitucional deberá modelarse según las particularidades de cada una” (Favoreau, 1993)

De esta forma, en la mayoría de los países, el control jurisdiccional de constitucionalidad se encuentra consagrado de modo explícito en la Constitución. Una excepción es el caso de Estados Unidos, en que este control se presenta como resultado de las prácticas políticas y de la interpretación de las bases del sistema jurídico. A continuación, se hará referencia a algunos de los sistemas más característicos.

a) Sistema norteamericano de control de constitucionalidad

La Constitución Política de Estados Unidos, de manera particular, y a diferencia de la mayoría de las Cartas Fundamentales del siglo XX respecto a la regulación de esta materia, no facultaba de manera explícita a los tribunales para dejar sin aplicación los actos legislativos o administrativos que vulneren sus principios o normas. En el caso norteamericano, el sistema de control jurisdiccional de la Constitución resultó de la interpretación que los tribunales hicieron a partir de la sentencia “Marbury vs. Madison”, en cuyo apartado final el juez Marshall reflexiona del siguiente modo: “¿Por qué un juez libremente jura cumplir sus deberes ante la Constitución de los Estados Unidos, si dicha Constitución no constituye una regla para el ejercicio de sus labores? ¿Si está bloqueada para el juez y éste no puede revisarla?

Si ese es el estado real de las cosas, esto es peor que una burla solemne.

Disponer o seguir ese juramento se convierte igualmente en un crimen.

También vale la pena observar que, al declarar cual debe ser la ley suprema del territorio, la Constitución es la primera en ser mencionada como tal y no se menciona a las leyes de los Estados Unidos en general, teniendo dicho rango sólo aquellas que deben ser creadas de conformidad a la Constitución.

Así, la redacción particular de la Constitución de los Estados Unidos confirma y refuerza el principio, supuestamente esencial en todas las constituciones escritas, de que una ley contraria a la Constitución es nula y que los tribunales, así como otros departamentos, se encuentran obligados por dicho instrumento. La resolución debe ser descartada”.⁵

Según Haro (2004) el sistema de control de constitucionalidad norteamericano está fundado en los siguientes principios:

- (i) “Indispensabilidad ineludible de la declaración de inconstitucionalidad para resolver el caso, atendiendo a la relación de causalidad entre la norma inconstitucional y el perjuicio.
- (ii) Existencia de un proceso contencioso, ya sea que se persiga una sentencia condenatoria, constitutiva o declarativa.
- (iii) La impugnación de inconstitucionalidad tradicionalmente se plantea como excepción o defensa incorporada en una acción ordinaria, sin perjuicio de que en las últimas décadas se han aceptado las acciones declarativas de inconstitucionalidad.
- (iv) La declaración de inconstitucionalidad no puede ser declarada de oficio por los jueces, sino a petición de la parte interesada.

Es indispensable que el peticionante acredite debidamente que existe de su parte un interés concreto y legítimo, por la producción actual o inminente de un daño a la titularidad o ejercicio de un derecho

⁵ <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=5&invol=137>(fecha de consulta: 16 marzo 2020)

- (i) Que la inconstitucionalidad o incongruencia constitucional sea convincente, categórica, pues en caso de duda rige, más que nunca, la presunción de legitimidad de los actos estatales.
- (ii) La declaración de inconstitucionalidad que se solicita debe ser oportuna, es decir, una vez que el agravio exista.
- (iii) Es improcedente la declaración de inconstitucionalidad cuando la resolución del caso se ha tornado abstracta por circunstancias sobrevinientes.
- (iv) No corresponde a los tribunales la declaración de inconstitucionalidad en las llamadas cuestiones políticas, es decir, en las no justiciables, en las que escapan o exceden por diversos motivos, al ejercicio del control jurisdiccional.
- (v) Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad siempre serán Inter partes, es decir, solamente recaerán entre las partes que integraron la litis, sin expandirse fuera del caso concreto resuelto, es decir, sin tener efectos erga omnes”.

En consecuencia, es posible concluir que la principal característica del sistema norteamericano es que se trata de un control de constitucionalidad difuso, en el que los tribunales ordinarios de justicia se encuentran facultados para declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una norma, pero siempre aplicado a un caso concreto. De lo anterior aparece como segunda característica principal que se trata de un control concreto. Finalmente, también es posible apreciar otras particularidades tales como:

- (i) Es un control represivo;
- (ii) Desde una perspectiva procesal, se trata como un incidente;
- (iii) El fallo que se pronuncie sobre el caso particular produce efectos Inter partes y extunc, es decir, sólo produce efectos entre las partes del juicio, retroactivamente.
(Nogueira, 2001, citado por Flores,2013)

b) Sistema alemán de control de constitucionalidad

En Alemania el control constitucional de las leyes corresponde al Tribunal Constitucional (Bundesverfassungsgericht). Este Tribunal Constitucional es, sin lugar a duda, un organismo

constitucional cuya importancia es superior a la de los restantes organismos de la República. Ello se encuentra expresamente establecido en el N° 1 inciso 1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, en que se señala que “Es una corte federal independiente y autónoma en relación a todos los restantes organismos constitucionales” (Reinhard,1985).

El Tribunal Constitucional ha cuidado e interpretado la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, lo que ha contribuido a fortalecer la reputación de ésta, entendiéndose que “la historia de la Ley Fundamental es al mismo tiempo la historia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal”. (Unger, 2001)

Esta institución cuenta con el monopolio de la interpretación de la Ley Fundamental y tiene por fin asegurar su cumplimiento por parte de los órganos estatales como también cautelar los derechos fundamentales de los ciudadanos. En cuanto a su formación, el Tribunal Constitucional alemán se compone por dos senados, de ocho miembros cada uno, nombrados por un período de doce años. Conforme a lo establecido en el artículo 94 de la Ley Fundamental alemana, “los miembros de la Corte Constitucional Federal serán elegidos por mitades por el Bundestag y por el Bundesrat. No podrán pertenecer ni al Bundesrat ni al gobierno Federal ni a los órganos correspondiente de un Land.”

En cuanto a sus competencias, el Tribunal Constitucional alemán posee diversas y amplias facultades que pueden agruparse en cuatro categorías: “control de constitucionalidad de las leyes, protección de los derechos fundamentales, resolución de conflictos entre los *Bund* y los *Lander*, y entre órganos del Estado y otras competencias”. (Martínez,2005)

Respecto a la facultad que tiene el Tribunal Constitucional de controlar la constitucionalidad de las leyes, el artículo 93 de la Constitución alemana establece que “El Tribunal Constitucional Federal decide:

1. De la interpretación de la presente ley fundamental respecto a controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo de la Federación o de otros interesados dotados de derechos propios por la presente Ley Fundamental o por el reglamento interno de un órgano supremo de la Federación;

2. En las diferencias de opinión o dudas relativas a la compatibilidad formal o sustantiva de la legislación federal o de los *Lander* con la presente Ley Fundamental o la compatibilidad de derecho federal a petición del Gobierno Federal, del Gobierno de un *Land* o de la tercera parte de los miembros del *Bundestag*;

3. En las diferencias de opinión sobre los derechos y deberes de la Federación y los *Lander* y el ejercicio de vigilancia federal;

4. En otras controversias de derecho público entre la Federación y los *Lander*, entre los *Lander* o dentro de un *Land*, siempre que no esté abierta otra vía judicial, 5. De los recursos que puedan ser interpuestos por cualquiera que se crea lesionado por el orden público en uno de sus derechos fundamentales...”. (Flores, 2013)

Como su conformación lo establece, el Tribunal Constitucional tiene competencia absoluta para determinar la constitucionalidad de forma y fondo de la normativa federal o de cada estado – *Land* - a la Constitución y si una ley se adecua a lo establecido en el artículo 72.2 de la Constitución. Además, el Tribunal Constitucional tiene la facultad de declarar inconstitucional una norma respecto de la cual su validez depende la resolución de un conflicto, el que se suspenderá mientras no se resuelva la inconstitucionalidad. Incluso puede referirse a la constitucionalidad de una norma de derecho internacional.

Este Tribunal tiene un carácter concentrado y además ejerce un control represivo y concreto. Sus sentencias producen efectos erga omnes, lo cual lo distingue de otros tribunales.

c) Sistema español de control de constitucionalidad

La Constitución de 1812 confería la misión de velar por la observancia de la Constitución y las Leyes a la Diputación Permanente de las Cortes⁶.

⁶ Texto completo de la Constitución de la República de España del año 1812 disponible en www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf

Fue la Constitución Republicana del año 1931 la que estableció un órgano específico para conocer del recurso de inconstitucionalidad denominado Tribunal de Garantías Constitucionales⁷. En su artículo 121 establece que este órgano tendrá jurisdicción en todo el territorio de la República, teniendo competencia para conocer de⁸:

- (i) El recurso de inconstitucionalidad de las leyes.
- (ii) Recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades.
- (iii) Conflictos de competencia legislativa y cuantos surjan entre el Estado y las regiones autónomas y los de éstas entre sí.
- (iv) Examen y aprobación de los poderes de los compromisarios que juntamente con las Cortes eligen al Presidente de la República.
- (v) Responsabilidad criminal del Jefe del Estado, del Presidente del Consejo y de los Ministros.
- (vi) Responsabilidad criminal del Presidente y los Magistrados del Tribunal Supremo y del Fiscal de la República.

⁷ artículo 122 de la Constitución de la República de España, año 1931

⁸ Texto completo de la Constitución de la República de España del año 1931 disponible en www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1931.pdf

En un principio se permitía a toda persona, en forma individual o colectiva, solicitar su pronunciamiento, aunque no se hubiera visto directamente agraviada, entre otros.

Durante esta etapa de control de constitucionalidad, si se declaraba una inconstitucionalidad de fondo, la sentencia sólo tenía efecto entre las partes. Sin embargo, si se trataba de una inconstitucionalidad de forma, los efectos eran erga omnes.

La Constitución de 1978 creó el actual Tribunal Constitucional de España, estableciendo su jurisdicción para todo el territorio español, y fijando sus facultades en el artículo 161:

- (i) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.
- (ii) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades, en los casos y formas que la ley establezca.
- (iii) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.
- (iv) Demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

Se conforma por doce miembros que deben ser abogados con más de quince años de experiencia. Funciona en dos salas, cada una con seis miembros, que conocen las materias de amparo, y en pleno para conocer los recursos de inconstitucionalidad, cuestiones de inconstitucionalidad y conflictos de competencia (Nogueira,2001)

Respecto de los posibles vicios de inconstitucionalidad, los autores españoles han señalado que son tres: de procedimiento, de competencia y de contenido material. Sin perjuicio de ello, la doctrina española tiende a reconocer al Tribunal Constitucional la posibilidad de anular un proyecto invocando un “vicio omisivo de constitucionalidad”.

A este respecto, el autor español Ángel Garrorena ha explicado que la inconstitucionalidad por vicio de omisión se apoya en lo que la doctrina alemana denomina *Unterlassungen des Gesetzgebers*, y la italiana *comportamenti omissivi del legislatore*. En palabras del citado autor: “la extremada delicadeza política de tal supuesto no necesita ser destacada: implica nada menos que el eventual paso del “control negativo” al “control positivo” de constitucionalidad; en otras palabras, viene a suponer no tanto la negación o anulación, de lo que siendo inconstitucional, fue puesto por el legislador, cuanto la adición (en una arriesgada, sorprendente y discutiblemente subrogatoria intervención normativo-positiva) de aquello que, siendo constitucionalmente debido, el legislador dejó de poner”(Garronena, 1981)

d) Sistema francés de control de constitucionalidad

Desde la Revolución Francesa del año 1789, la ley ha ocupado un lugar especial en el derecho y la política de este país. Desde principios del siglo XX una corriente de académicos, e intelectuales entre ellos, Duguit y Hariou, promovían la importancia a Francia del *Judicial Review* al estilo norteamericano, con el fin de velar por el resguardo de las normas constitucionales. En este contexto, la constitución de 1958 creó el consejo constitucional cuya finalidad fundamental era velar porque el parlamento no traspasa a la esfera de competencia que le fijaba la Constitución.

La creación de este consejo fue recibida con escepticismo ya que en sus inicios su conformación estaba integrado básicamente, por políticos oficialistas y que, a juicio de muchos, estos carecían de jurisdicción para revisar las leyes contrarias a los Derechos Humanos, más con el tiempo este órgano fue evolucionando hasta convertirse en un eficaz y decidido guardián de la supremacía constitucional y de los derechos y libertades fundamentales del hombre.

Durante la historia de este Tribunal, marcó un hito la famosa decisión acerca

de la “libertad de asociación”⁹ del año 1971, que otorgó valor jurídico constitucional al Preámbulo de la Constitución, que establecía “el pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos del hombre y los principios de soberanía nacional tal como se les define en la declaración de 1789. En consecuencia, el Consejo Constitucional dejó sin efecto una ley que tenía por objeto limitar la libertad de asociación, al confrontarla con los principios fundamentales que aludía el mencionado Preámbulo.

A partir de este célebre pronunciamiento la doctrina francesa ha acuñado la expresión “bloque de constitucionalidad” para referirse al conjunto de normas y principios superiores con las que se confrontan las normas sometidas al control de constitucionalidad ejercido por el Consejo Constitucional. Dicho bloque estaría integrado por la Constitución de 1958, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946, los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y la Carta del Medio Ambiente. (Ospina, 2006)

Actualmente el Consejo Constitucional francés se encuentra compuesto por nueve miembros, los que pueden ser designados para ejercer su cargo de forma vitalicia, como ocurre con los ex Presidentes de la República, o bien por un lapso de nueve años no siendo posible su reelección.

La competencia del Consejo Constitucional se divide en la competencia jurisdiccional, que se hace cargo del contencioso normativo y del contencioso electoral, y la competencia consultiva. En el contencioso normativo se encuentra el control jurisdiccional que se ejerce en carácter facultativo respecto de las leyes ordinarias y los tratados internacionales. Dicho control tiene el carácter obligatorio tratándose de leyes orgánicas y reglamentos de las cámaras parlamentarias.

⁹ 43Décision N° 71-44 DC du 16 juillet 1971. Texto completo: www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1971/71-44-dc/decision-n-71-44-dc-du-16-juillet-1971.7217.html

El control de las leyes se ejerce vía acción de manera preventiva, por iniciativa de una autoridad política o un grupo de éstas. No obstante, lo anterior, cabe tener presente que el artículo 61-1 de la Constitución (en su versión en español) es posible identificar un tipo de control de constitucionalidad *a posteriori*. Dicho artículo dispone: “Cuando, con motivo de una instancia pendiente ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica a los derechos y las libertades que garantiza la Constitución, se podrá someter el asunto, tras su remisión por parte del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, al Consejo Constitucional que se pronunciará en un plazo determinado”. Por su parte el inciso 2º del artículo 62 del mismo texto prescribe que: “Una disposición declarada inconstitucional en base al artículo 61-1 será derogada a partir de la publicación de la decisión del Tribunal Constitucional o una fecha posterior fijada en dicha decisión. El Tribunal Constitucional determinará las condiciones y los límites en que los efectos producidos por la disposición puedan cuestionarse”. (Flores,2013)

Las sentencias que dicte este Consejo no son impugnables vía recurso. Asimismo, las sentencias que versan sobre control preventivo tienen valor de cosa juzgada con efectos Inter partes y además tienen carácter obligatorio para los poderes públicos y para las demás autoridades administrativas y jurisdiccionales. El efecto de cosa juzgada abarca tanto a la parte dispositiva como a la considerativa.

Tratándose de sentencias de control preventivo de las normas, éstas conducen a la censura total o parcial de la ley, mas no su anulación, puesto que la sentencia es emitida antes de la promulgación de la ley lo que asegura su futura aplicación.

CAPÍTULO III

EL CONTROL PREVENTIVO OBLIGATORIO EN CHILE

El Control Preventivo Obligatorio no nació en Chile, sino que nuestros legisladores lo importaron desde Francia y España. No obstante, el sistema que se ha instituido en nuestro país tiene su propia forma de operar y diversas características, que en este apartado trataremos de describir.

a) Origen

En Chile, el control preventivo obligatorio surgió con motivo de la introducción del sistema de leyes orgánicas constitucionales (en adelante también “LOC”), en la Constitución de 1980. Antes de ella, existía un control preventivo de tipo eventual, que se incorporó mediante la creación del Tribunal Constitucional.

La Carta Fundamental de 1980 estableció entre las atribuciones del Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación (artículo 82 N° 1). Por su parte, el artículo 83 inciso 1° y 2°, señalaba que las disposiciones que fueren declaradas inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate.

En particular, los modelos seguidos en el establecimiento de este tipo de control son el español y francés, cuyas características generales se describen a continuación.

La Constitución Española (Alegre, 2007) de 1985 derogó lo establecido hasta entonces en el artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que establecía un recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de estatutos de autonomía y de leyes orgánicas. Dicho artículo establecía una impugnación con carácter previo de: (i) el texto definitivo del proyecto de estatutos que haya de ser

sometido a referéndum en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma en el supuesto previsto por el artículo 151,2,3 de la Constitución. En los demás casos se entenderá que es texto definitivo del estatuto de autonomía el que, con arreglo al apartado siguiente, se establece para los demás proyectos de leyes orgánicas; y, (ii) El texto definitivo del proyecto de ley orgánica tras su tramitación en ambas Cámaras y una vez que el Congreso se haya pronunciado, en su caso, sobre las enmiendas propuestas por el Senado.

Para entablar este recurso, están legitimados los mismos que están legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad contra las mismas normativas dentro de plazo de tres días. La interposición del recurso suspende la tramitación del proyecto.

Como se puede apreciar, existe una similitud entre el sistema chileno y el sistema español existente antes de 1985, principalmente con lo dispuesto en el acápite (ii), pues no sólo se comparte las normas que se pueden impugnar, sino también los momentos y las consecuencias que de tal impugnación se derivan.

Como señalamos, en la actualidad este tipo de control previo se encuentra derogado, sin embargo, se mantiene vigente en el ordenamiento español el control previo de los tratados internacionales, el cual se encuentra establecido en el artículo 95 de la Constitución de ese país. En este caso, se ejerce un control de carácter abstracto, no sólo por el hecho de ser previo sino también por la propia actividad de control ejercida por el Tribunal Constitucional y el resultado de este, ya que si existe un vicio de constitucionalidad el Tribunal debe declararlo y ponerlo de manifiesto a fin de impedir que la norma sea aplicable, con lo cual se busca garantizar tanto la supremacía constitucional como la seguridad y estabilidad de los compromisos internacionales.

En segundo lugar, se siguió el modelo francés, que establece como obligatorio el control preventivo para las leyes orgánicas y reglamentos de las asambleas parlamentarias, así como de sus modificaciones o reforma. Dicho control se realiza

a través del consejo constitucional, a petición del Presidente de la República, El Primer Ministro o el Presidente de cualquiera de las asambleas, además de un número determinado de diputados o senadores.

Este control preventivo se ha llevado a cabo mediante dos técnicas: *Conformite sous reserve* y *Controle a double detente*. La primera técnica consiste en adoptar una solución intermedia, que puede ser considerar a la norma conforme a la Constitución a condición de que no sea interpretada de una determinada manera; completar la ley a través de una labor de integración; establecer directivas dirigidas a operadores políticos indicando la manera en que la ley deberá ser aplicada; o neutralizar la ley privándola de sus efectos jurídicos. Por su parte, la segunda técnica busca incluir junto con la declaración de inconstitucionalidad una serie de indicaciones sobre su modificación o complementación para que sea declarada conforme a la Constitución en una segunda discusión.

La apreciación de la conformidad con la Constitución que debe realizar el Consejo se lleva a cabo a partir de un informe emitido por un de sus miembros en el plazo de un mes o de ocho días en caso de urgencia. Su declaración debe ser motivada y publicada en el *Journal Officiel*. Una vez publicada, se pone fin a la suspensión del plazo de promulgación.

Si no se declara conforme a la Constitución y la disposición no puede separarse del conjunto de la ley, ésta no puede promulgarse. Si por el contrario puede separarse, la ley podrá promulgarse sin esa disposición o bien se podrá solicitar una nueva lectura a las cámaras. Es evidente la similitud entre nuestro sistema y el sistema francés recién descrito.

b) Concepto y objetivo

En palabras del profesor Humberto Nogueira, “el control preventivo de constitucionalidad es un sistema a través del cual, el Tribunal o Corte Constitucional

concreta la revisión del contenido de un proyecto de precepto legal o de reforma constitucional, como de un tratado, para determinar su conformidad con los valores, principios y reglas establecidas por la Constitución antes de integrarse al ordenamiento jurídico” (Nogueira, 2005)

El objetivo de dicho sistema es evitar la vigencia y aplicación de normas inconstitucionales, antes de ser promulgadas o antes de ser ratificados, en caso de tratados internacionales⁵³.

Respecto de los tratados existe el objetivo adicional de aplicar la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el que abordaremos en el Capítulo X de más adelante.

c) Innovaciones introducidas desde 2005

Según ya se indicó al inicio de esta obra, la reforma constitucional del año 2005 innovó en lo relativo al control preventivo, pues en el actual artículo 93 N° 1 se estableció como atribución del Tribunal Constitucional el ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las LOC y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas.

Tal como se puede apreciar, la redacción se mantiene en líneas generales. Sin embargo, se incorporó de manera expresa el control de los tratados internacionales que versen sobre materias propias de LOC. Lo anterior había sido motivo de debate constante en los años previos a la reforma en nuestra doctrina y una práctica normal del Tribunal Constitucional, por lo que ésta vino a consolidar una costumbre en la jurisprudencia constitucional.

d) Características

Resulta fácil apreciar y deducir la serie de características que rodean al tipo de control en estudio, principalmente al considerar las normas que actualmente lo rigen.

- (i) En primer lugar, se debe señalar que se trata, como su nombre lo dice, de un control **obligatorio**, que es ejercido de manera forzosa, teniendo el Congreso la obligación de enviar al Tribunal Constitucional todos los proyectos que se enmarquen en la disposición constitucional. Por su parte, el Tribunal se encuentra en la necesidad jurídica de ejercer el control, sin que le sea posible excusarse de entrar en su conocimiento. En virtud de esta característica, existen ciertos autores que han sostenido que este tipo de control se ha convertido en una etapa integrante del proceso legislativo, de manera que su omisión podría acarrear una inconstitucionalidad de forma. Excepción a esta característica son los casos en que sólo se entra a conocer por medio de requerimiento de autoridad, partes o juez, como ocurre con los numerales 2, 3, 4, 5, 6, entre otros del artículo 93. Lo mismo ocurre con aquellos casos en que ejerce esta función de oficio, facultad establecida en el artículo 93 N° 7.
- (ii) Además, es **preventivo**, o *a priori*, ya que el control se realiza con una oportunidad anterior a la promulgación de la norma sometida a control. Este control se contrapone al represivo o *a posteriori*, y al eventual.
- (iii) Es un control **de Derecho**, pues se encuentra establecido expresamente en el texto constitucional, en los artículos 92 inciso 5° y 93.
- (iv) Es **concentrado**, tanto respecto de su conocimiento como de su resolución; únicamente lo ejerce el Tribunal Constitucional.
- (v) El control preventivo es **abstracto**. El Tribunal se encuentra a cargo

de examinar el precepto legal objeto del control, verificando que no existan vicios constitucionales de forma y fondo, realizando un ejercicio de comparación entre normas de distinta jerarquía, abstrayéndose de la aplicación particular de la norma en casos específicos o litigios pendientes. De conformidad a lo anterior, en este control no existe requerimiento ni una duda de carácter constitucional que resolver.

- (vi) En la medida que únicamente se ejerce con ocasión de los preceptos contenidos en los proyectos de ley orgánica constitucional o en los tratados internacionales que versen sobre materias de dicho tipo de normas sometidos a aprobación, se trata de un control **restringido y excepcional**.
- (vii) La resolución que dicte el Tribunal Constitucional tendrá **efectos vinculantes, de carácter erga omnes**, puesto que se impide que el proyecto considerado inconstitucional se integre al ordenamiento jurídico, otorgando mayor seguridad jurídica.
- (viii) El fallo del Tribunal Constitucional tendrá **efectos ex nunc**, puesto que rige hacia el futuro.

3.1 Naturaleza del control preventivo obligatorio

En este apartado recogemos una discusión doctrinaria que se ha dado desde la época en que se estableció el Control Preventivo Obligatorio, en lo referente a su naturaleza jurídica.

Precisamente respecto a este punto existe una visión completamente antagonista. Así, por una parte, un grupo de la doctrina ha señalado que este tipo de control sería

más bien político, como ocurre con los autores Bordalí y Burdeau (Bon,1993), y por la otra, existen algunos autores que sostienen una postura en que se le considera un control de tipo jurisdiccional o jurídico. Por último, algunos lo comparan al proceso de toma de razón ejercido por la Contraloría General de la República.

Asimismo, haremos referencia al origen y justificación de este tipo de control en nuestro sistema.

a) **Postura escéptica**

A la primera posición se le conoce como escéptica y ella se fundamenta en que el órgano contralor actuaría antes de que la ley entre en vigencia, siendo su principal finalidad el evitar la producción de una infracción al ordenamiento jurídico. Puesto que el control se realizaría con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, se entiende que formaría parte del procedimiento legislativo (Mesquita,2007). Precisamente, este último punto es uno de los cuestionamientos que más se han esgrimido en torno a esta posición, y apunta al órgano llamado a ejecutar dicho control, en cuanto se considera que él se convertiría en una etapa del proceso legislativo, asumiéndose como una nueva cámara, que no cuenta con la elección democrática y popular, a diferencia de las otras cámaras propias del Poder Legislativo. Visto de esta forma, el órgano que realiza esta función de control lo hace con criterios políticos y no necesariamente de Derecho.

Para los seguidores de esta postura, ella responde a la primera manifestación histórica de los motivos que llevaron a los franceses a crear el control preventivo, siendo éste un fin esencialmente político, en cuanto el Consejo Constitucional estaba destinado a fortalecer al Poder Ejecutivo, lo que era coherente con la política *degauillista* imperante en ese entonces.

De conformidad a lo anterior, podemos concluir que no se trata de un control político, aunque bien se podría volver politizado, principalmente si se consideran los métodos

de designación de los miembros de este órgano que han existido en los distintos tribunales o cortes constitucionales.

b) Postura jurisdiccional

La segunda postura rescatada apunta a la idea de que se trata de un control de naturaleza jurisdiccional o jurídico, para lo cual establecen una serie de razones, como por ejemplo que el órgano llamado a ejercer el control no fija al legislador los términos de la ley ni interviene en su contenido; que dicho órgano emplea métodos jurídicos para efectuar el control; y que éste se encuentra en la obligación de fallar conforme a Derecho.

Refuerza lo anterior el hecho que los tribunales o cortes constitucionales ejercen este control en virtud de un mandato legal-constitucional, como el Tribunal Constitucional de Chile, de conformidad al artículo 92 de la Constitución Política de la República.

Esta posición también ha sido objeto de críticas, las que apuntan a que ésta confundiría lo jurídico con lo jurisdiccional. Así, se podría decir que el Control Preventivo Obligatorio no sería jurisdiccional sino jurídico, pues la función del juez constitucional dice relación con decidir sobre la validez general de la norma al confrontarla con la Constitución Política, mas no ejerce un poder jurisdiccional, entendido como el poder – deber del Estado destinado a la resolución de conflictos de interés, de manera definitiva e inalterable, con posibilidad de ejecución.

Asimismo, se ha sostenido que no es posible entender como una función jurisdiccional al ejercicio del Control Preventivo Obligatorio, toda vez que es el propio Tribunal Constitucional el que debe identificar un eventual vicio de constitucionalidad y, luego, resolverlo. De esta manera, el órgano jurisdiccional debe decidir sobre una cuestión de inconstitucionalidad que él mismo ha planteado, impidiendo que éste actúe dentro de los marcos de la debida imparcialidad que exige la función jurisdiccional (Aldunate, 2005).

c) Acercamiento a la toma de razón de la Contraloría General de la República

Para otros constitucionalistas, el Control Preventivo Obligatorio más que tener una naturaleza que se pueda definir como política, jurídica o jurisdiccional, se asemeja a la toma de razón de la Contraloría General de la República. Esta idea nace a partir de las similitudes que comparten ambas instituciones. En efecto, tanto el control constitucional en comento como la toma de razón son obligatorios, forzosos, preventivos y acotados por materias, en el caso del control preventivo se trata de las leyes orgánicas constitucionales, y en la toma de razón de aquellas que no están exentas.

Sin embargo, no sólo existen semejanzas sino también diferencias, dentro de las que se cuentan, en primer lugar, que el control preventivo es excepcional, mientras que la toma de razón es la regla general. En segundo lugar, el control preventivo recae en las leyes, y la toma de razón controla los actos administrativos. Además, se diferencian en cuanto al órgano que ejerce el control, puesto que el control preventivo es ejercido por el Tribunal Constitucional y la toma de razón por un órgano contralor administrativo, cual es la Contraloría General de la República. Finalmente, el Control Preventivo Obligatorio apunta a la constitucionalidad de la norma, y la toma de razón es un control de legalidad del acto.

d) Justificación del Control Preventivo Obligatorio

Consta en las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (en adelante también la “CENC”) los antecedentes más cercanos que se tuvieron presentes para el establecimiento del Control Preventivo Obligatorio en la Constitución Política de 1980.

El primero que se puede identificar se relaciona con la creación del sistema de leyes

orgánicas constitucionales, en virtud del cual se dice que el control buscaba preservar la coherencia entre las LOC y la Constitución Política, es decir, se busca un control capaz de garantizar la conformidad constitucional.

Para autores de la categoría de Verdugo, Pfeffer y Nogueira, la facultad de controlar de manera obligatoria los proyectos de ley, se debe a “la gravitación e importancia de las materias que deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales, y por el peligro que lleva la dictación de leyes interpretativas, de ir más allá de la mera determinación del verdadero sentido y alcance del precepto interpretado” (Verdugo, 1997). En la situación recién descrita, el control vendría a actuar como una garantía del respeto a la constitucionalidad.

Fue el señor Raúl Bertelsen el autor de la idea de importar el sistema de Control Preventivo Obligatorio desde Francia, tal como consta en las actas de la CENC, quien en ellas manifestó que la revisión obligatoria es “necesaria” y no puede “quedar duda alguna de que los órganos colegisladores se han ajustado a la Constitución”⁶⁴. De lo anterior, entonces, se desprende la clara idea de establecer un sistema de Control Preventivo Obligatorio capaz de otorgar seguridad jurídica mediante un órgano contralor que emita un pronunciamiento definitivo sobre la constitucionalidad de la norma⁶⁵. En otra sesión de la CENC, el señor Jaime Guzmán se mostró partidario de las ideas planteadas por Bertelsen⁶⁶.

Otros de los miembros de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución se pronunciaban en el mismo sentido, como es el caso del señor Gustavo Lorca, quien sostuvo que el control debía ser obligatorio, “atendido que las LOC poseen un rango superior a la ley ordinaria y que, en buena medida, pasan a ser parte integrante de la Constitución, por lo cual debe existir absoluta armonía entre su texto y el de esta última”.

De acuerdo a todo lo que se ha expuesto, es dable concluir que, tanto para la doctrina imperante como para los miembros de la CENC, el Control Preventivo Obligatorio

reviste una gran importancia en nuestra historia constitucional, principalmente si se considera una de sus características fundamentales, que consiste en que entrega certeza acerca de la constitucionalidad de las normas que vienen a complementar más directamente nuestra Carta Fundamental, siendo esta última idea la que justifica la existencia de este control.

3.2 Ventajas y desventajas del control preventivo obligatorio

En palabras de Martin Shapiro, “el control de constitucionalidad *a priori*, abstracto y realizado por una corte constitucional separada, es un control equivocado, en el momento equivocado y efectuado por la Corte equivocada” (Shapiro,2010).

Es quizás este tipo de opiniones las que han generado debate entorno no sólo a la naturaleza del Control Preventivo Obligatorio, como ya lo hemos explicado en uno de los capítulos precedentes, sino también en cuanto a la identificación de las ventajas y desventajas que puede tener este tipo de sistema de control de constitucionalidad, pues mientras para algunos es una herramienta fundamental para mantener el correcto y adecuado respeto de la Carta Fundamental, para otros no es más que un trámite dentro del proceso legislativo, que no consigue cumplir claramente los objetivos prefijados para él.

Ahora bien, reconociendo en primer lugar que se trata de un control de naturaleza jurídica y que su principal justificación radica precisamente en la certeza de conformidad constitucional que entrega a las normas que son objeto de su ejercicio, sólo queda determinar las ventajas y/o desventajas que este sistema otorga.

a) Ventajas

A continuación, señalaremos las ventajas que se han invocado para defender el Control Preventivo Obligatorio, siguiendo lo razonado por el profesor Sergio Verdugo (2010). Cabe mencionar que algunas de ellas encuentran su fuente inspiradora y fundamento en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución.

- (i) Control tiende a evitar efectos traumáticos de la anulación de una norma inconstitucional

Esta primera ventaja ha sido identificada y defendida por Miguel Ángel Alegre, quien además ha manifestado que de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal ya aplicado se deriva una serie de “delicados problemas”, vale decir, situaciones problemáticas derivadas del cambio normativo que implica el control, muchas de las cuales no es posible reparar. Frente a lo anterior, el control preventivo viene a fortalecer la certeza jurídica.

Para algunos más que una virtud, esta ventaja se transformaría en un defecto propio del sistema de control represivo, que comprende la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad establecida en nuestra Constitución.

Lo anterior no tendría un firme asidero, principalmente al considerar que tanto el control preventivo como el represivo tienen diferencias sustanciales, las que dicen relación con el hecho de que observan vicios diferentes, de manera que no es posible reemplazar a uno por el otro. Por lo demás, es sabido que, en nuestro sistema constitucional, luego de la última reforma, coexisten ambos tipos de control, lo cual encuentra como justificación el que muchos de los preceptos legales sometidos a controles de constitucionalidad preventivos, podrían ser declarados constitucionales aun cuando tienen un dejo de inconstitucionalidad, que únicamente se asoma cuando son llevados a la práctica. De manera que para conseguir la eliminación de las

consecuencias traumáticas que acarrea la declaración de inconstitucionalidad, hay quienes han indicado la necesidad de eliminar el control represivo. Sin embargo, en nuestra opinión ello no resuelve los inconvenientes del control preventivo.

(ii) Evita la responsabilidad internacional

Este tipo de responsabilidad se genera al momento de infringir tratados internacionales mediante el control de constitucionalidad *a posteriori*. Así lo ha indicado la profesora Miriam Henríquez (2007), quien en su trabajo del año 2007 señala que se eluden “los efectos negativos que podría acarrear el control represivo de constitucionalidad para la estabilidad de los compromisos internacionales y la seriedad del Estado en el ámbito internacional”. De esta forma, se podría concluir que al menos el Control Preventivo Obligatorio cumpliría un importante rol en lo relativo a los tratados internacionales.

(iii) Implica una extrema rapidez y sencillez en el control

Este tipo de control en términos generales resulta ser bastante sencillo, por lo que es fácil justificar su celeridad. Además, de tratarse de un procedimiento simple, debe considerarse la carga de trabajo que se encuentre radicada en el órgano contralor y la real capacidad que éste posee, ya que en caso de sobrecarga de trabajo resulta muy posible que dicha celeridad se pierda. En el caso de nuestro Tribunal Constitucional se debe tener presente que a partir de la entrada en vigor de la reforma del año 2005 han aumentado los ingresos producto de la incorporación del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, tal como se verá más adelante.

Frente a la sencillez en este tipo de control, se pueden apreciar dos posibles inconvenientes, como lo es una posible ausencia de control, a raíz de la falta del principio de contradictoriedad, y de experiencia en la aplicación de la ley. Ambos factores llevan a que en los hechos el órgano contralor tenga pocas herramientas de control, ya que no observa la ley en movimiento ni puede analizar los efectos de esta,

y tampoco tiene un problema o duda que se le presente.

(iv) Fortalecimiento del principio de igualdad ante la ley

Una de las características que ya hemos indicado es que este control siempre tiene efectos *erga omnes*, de manera que precisamente estos efectos generales hacen que sus actos sean más igualitarios.

De esta ventaja, se producen dos claras consecuencias, pues si se declara la inconstitucionalidad de la norma sometida a control, ésta no ingresará al ordenamiento y, por lo tanto, no resultará aplicable a persona alguna. Por otro lado, si el Tribunal Constitucional la declara conforme con los postulados de nuestro texto constitucional, una vez publicada, la ley entrará en vigor respecto de todos.

Sin perjuicio de lo anterior, nos gustaría destacar la interesante discusión planteada por el profesor Aldunate⁷² respecto del efecto de cosa juzgada que tendría la sentencia de control preventivo en general. El mencionado académico sostiene que dicha sentencia sólo alcanzaría una fuerza de cosa juzgada formal, puesto que una vez pronunciada la sentencia declarando la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto sometido a control, no resulta posible solicitar otro control de constitucionalidad sobre la misma norma. Sin embargo, al no producir un efecto de cosa juzgada sustancial, no impide que el Congreso vuelva a aprobar un proyecto de ley idéntico al declarado inconstitucional, apostando a un eventual cambio de criterio del Tribunal Constitucional.

Cabe destacar que esta ventaja no es exclusiva del control preventivo, pues la misma igualdad se podría conseguir a través del seguimiento de precedentes en las sentencias dictadas por el órgano contralor, a fin de prevenir disparidad de criterios frente a la resolución de casos similares. Lo anterior se ha visto desarrollado a partir de una serie de fallos que ha dictado el Tribunal Constitucional en temas relativos a

Isapres¹⁰.

Finalmente, respecto de la ventaja en comento, Rousseau ha manifestado que el Control Preventivo Obligatorio podría incluso generar desigualdades, quien señala que “entre la injusticia del control *a priori* que permite dejar sin sanción una ley que se manifiesta contraria al principio de igualdad desde el momento de su aplicación y la confusión del control *a posteriori* que permite la sanción, ¿no debería preferirse la confusión?” (Rousseau,2002).

(v) Utilidad para el respeto parlamentario del quórum de las Leyes
Orgánicas Constitucionales

Tal como lo establece nuestra Constitución Política de la República, este tipo de leyes se encuentra sometido al cumplimiento de un quórum especialmente alto para su aprobación. De esta manera, el Tribunal Constitucional deberá incluir en su examen de constitucionalidad, el cumplimiento de las mayorías establecidas.

En opinión del profesor Sergio Verdugo, esta ventaja sería medianamente falsa e incorrecta. Medianamente falsa, pues si una ley no es calificada por el legislador como de Quórum Calificado, entonces debería omitirse el control preventivo, sin ser, por tanto, enviado al Tribunal Constitucional con este objeto, quedando como única vía de salvación el control eventual. Además del sometimiento obligatorio al control ejercido por el Tribunal Constitucional, el hecho de que un precepto sea calificado de esta índole importa que para los legisladores resultaría en extremo difícil que se saltaran los quórums requeridos. Lo anterior, es sin perjuicio de las facultades para conocer de oficio de otras normas contenidas en el proyecto en cuestión, pese a que no hayan sido sometidas a tal control, que posee el Tribunal Constitucional.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 08 de septiembre de 2009, caratulado Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Pedro Fernández Bitterlich, respecto del artículo 38 ter de la ley N° 18.933, en rol N° 7952-2008 de la Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 1287-08

Por otra parte, el autor mencionado también ha postulado que esta ventaja sería incorrecta, puesto que el control preventivo eventual adquiere una gran importancia para que las minorías puedan resguardarse ante mayorías simples que califiquen los quórum de las leyes de manera antojadiza.

A partir de las ventajas que hemos enumerado resulta imposible no reconocer en este control preventivo la capacidad cierta que ostenta el Tribunal Constitucional de conocer, estudiar y decidir acerca de la constitucionalidad de los diversos preceptos que nacen a la vida del derecho constantemente, pero aún más llama la atención la poderosa herramienta en que se puede transformar este control, principalmente para aquellos casos en que más que una naturaleza jurídica, se le reconoce una finalidad política.

b) Desventajas

En cuanto a las desventajas del Control Preventivo Obligatorio, al igual que en las ventajas, es posible reconocer ciertos matices que le impiden ser verdades absolutas, por tanto, se encuentran en constante cuestionamiento por diversos autores. Así, hemos podido recoger las siguientes.

(i) Riesgo de reconocer un gobierno de la judicatura

En este caso se ha reconocido la posibilidad de que se genere un juez – dios, o sea, alguien que se pudiera erigir como la única salida frente a un poder político debilitado, quien tendría en sus manos el futuro de la nación, convirtiéndose en un peligro para la democracia (Renoux, 1993). Además del riesgo de politización que en párrafos anteriores reconocíamos y de una posible pérdida de legitimidad del órgano contralor, resulta factible que el Tribunal Constitucional termine dirigiendo el proceso legislativo, motivo por el cual, lo principal es tener completamente fijada la institucionalidad del órgano mismo.

(ii) Genera retrasos en el procedimiento legislativo

Esta desventaja ha sido esbozada por ciertos autores, quienes se muestran contrarios a la idea de que el control preventivo sea expedito y rápido, ya que consideran que se dilata la tramitación de los preceptos legales sometidos a este control, justificando ello en la alta carga de trabajo versus la capacidad para enfrentar todas las tareas que la Constitución le encomienda (Moderne, 1993)

(iii) Confusa jurisprudencia del Tribunal Constitucional

De manera crítica se ha escrito en la doctrina nacional acerca de la serie de problemas que se han suscitado en torno a las resoluciones del tribunal. Uno de ellos, se traduce en la duda acerca de la autoridad encargada de calificar la naturaleza orgánica constitucional de un precepto legal, lo que resulta importante para calificar la extensión de las atribuciones del Tribunal Constitucional. Así en palabras de Zapata, es la Constitución la que califica textualmente las normas que tiene tal carácter, y el Tribunal es el intérprete de la primera. (Zapata,2008)

Otro problema, se relaciona con que el Tribunal Constitucional tenga discrepancias internas respecto del ámbito de su control, lo que se genera por la existencia de diferentes visiones relativas al concepto específico de ley orgánica constitucional. Lo anterior resulta peligroso, ya que un cambio de criterio podría implicar que un precepto legal que no fue sometido a control preventivo contenga vicios de forma.

(iv) Ineficacia en la prevención de eventuales vicios de constitucionalidad

Por tratarse de un control *a priori*, referido a una norma que no ha nacido a la vida del derecho, y que por lo mismo no ha sido objeto de aplicación práctica alguna, podría dejar de ser una garantía de conformidad con la Constitución y por ende no otorgaría certeza o seguridad jurídica, lo que resulta ser su principal fundamento.

Shapiro ha señalado que el Control Preventivo Obligatorio “no puede anticipar

exitosamente todo el potencial daño que se encuentra latente en leyes que todavía no han sido implementadas”. Lo anterior, refleja la poca certeza con que se cuenta respecto de los efectos de las normas en gestación, siendo para ello fundamental la aplicación efectiva de las mismas. Discrepando de esta opinión se muestra Alegre, quien cree que “lo más habitual es que la inconstitucionalidad se manifieste sin necesidad de esperar los efectos prácticos de su aplicación, y el precio que supondría la espera podría ser demasiado alto”.

Si tomamos en consideración ambas posturas, llegaremos a una más bien ecléctica, que permitiría reconocer, al menos, la posibilidad de que el Control Preventivo Obligatorio genere respeto por la parte orgánica de la Constitución, debiendo ser más exhaustivo el examen respecto de los principios, valores y derechos que este mismo texto establece. Así, resulta ser que el único momento en que se puede atender a los derechos y libertades de las personas consagradas en la Constitución, es el de su aplicación.

En virtud de todo lo anteriormente expuesto, además, es posible concluir que existen distintas razones que permiten justificar la existencia del control *a priori*. Sin embargo, para la doctrina no ha sido complicado refutar tales ventajas o a lo menos debilitarlas.

Finalmente, es posible reconocer una serie de problemáticas que se han generado en la jurisprudencia constitucional, también derivadas de la falta de aplicación práctica de los distintos preceptos.

BIBLIOGRAFÍA

- Aldunate L., Eduardo. Problemas de control preventivo de constitucionalidad de las leyes. Editorial Librotecnia, Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, no. 1, año 2005, p. 119-126.
- Alegre M., Miguel Ángel. El resurgimiento del debate sobre el control previo de constitucionalidad en España: experiencia y perspectivas. Editorial Porrúa, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, no. 8, México, año 2007, p. 5.
- Bon, Pierre. El *Conseil Constitutionnel* francés y el modelo de Cortes Constitucionales europeas. Revista Chilena de Derecho, vol. 20, no. 2-3, Santiago, año 1993, p. 386 (379 a 394).
- Favoreau, Louis. Los Tribunales Constitucionales. Editorial Ariel, Barcelona, año 1993. p. 13
- Garrorena M., Ángel. La sentencia constitucional. Revista del Derecho Político, no. 11, Otoño, España, año 1981, p. 17. (pp. 7 a 27).
- Haro, Ricardo. El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, tomo I, Uruguay, año 2004, p. 41-74
- Henríquez V., Miriam. Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, año 5, no. 1, año 2007, p. 120 (119 a 126).

Kelsen, Hans. ¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución? Editorial Tecnos, Madrid, año 1995, p.14.

Martínez E., José. El sistema Europeo-Continental de Justicia Constitucional. Ed. Librotecnia. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, año 2005, p. 158.

Martínez Estay, José Ignacio. (2015). La deferencia del tribunal constitucional respecto del juez de la gestión pendiente en la cuestión de inaplicabilidad. *Estudios constitucionales*, 13(1), 237-270. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000100008>

Mesquita C., Eleonora. La inaplicabilidad de la doctrina de las cuestiones políticas en el cambio de las relaciones exteriores: ¿Deben los tratados internacionales ser considerados actos no justiciables? Editorial Librotecnia, Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, no. 1, año 2007, p. 297. (289 a 310)

Moderne, Franck. El control previo de constitucionalidad en la Europa contemporánea. Revista Chilena de Derecho, Santiago de Chile, vol. 20, no. 2-3, año 1993, p. 416.

Nogueira A., Humberto y Cumplido C., Francisco. Instituciones Políticas y Teoría Constitucional, Tomo 2. Ed. Universidad de Talca, Talca, año 2001, p. 179-180

Nogueira A., Humberto y CUMPLIDO C., Francisco. Instituciones Políticas y Teoría Constitucional, Tomo 2. Editorial Universidad de Talca, Talca, año 2001, p. 188.

- Nogueira A., Humberto. La ampliación de las competencias de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional chileno y la ampliación de la fuerza normativa de sus sentencias de acuerdo con la reforma constitucional de 2005. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Ed. Porrúa. Junio – Diciembre de 2006. México. pp. 278 (275 a 297)
- Ospina M., Laura. Breve aproximación al “bloque de constitucionalidad en Francia”, *Elementos de Juicio*. *Revista de Temas Constitucionales*, no. 2, Julio – Septiembre, Colombia, año 2006, p. 179-196.
- Reinhard, Güenter. El Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania. *Revista Chilena del Derecho*, no. 12, Santiago, año 1985, p. 78.
- Renoux, Thierry. El Consejo Constitucional y el Poder Judicial en Francia y en el modelo europeo de control de constitucionalidad de las leyes. *Revista Chilena de Derecho*. Santiago de Chile, vol. 20, no. 2-3, año 1993, p. 447 (442 a 447).
- Rousseau, Dominique. La justicia constitucional en Europa. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España. 1º Edición, año 2002, p. 56 (1 a 138)
- Shapiro, Martin. Revisión judicial a priori y a posteriori: los modelos norteamericanos y Europeo. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, no. 2-3, año 1993, p. 479.
- Silva, M (2018) “La discrecionalidad del legislador y sus límites”, en *Revista Federal de Derecho* N° 2, marzo de 2018, Editores Información Jurídica, Argentina, cita II-XDII-538.
- Unger, Mark. Sesenta años de la Ley Fundamental alemana – de un provisorio con

una larga vida (Sixty years German Basic Law – about a long living provisional solution). Estudios Constitucionales, año 7 no. 2, año 2009, p. 301-316.

Verdugo M., Mario; Pfeffer U., Emilio; y Nogueira A., Humberto. Derecho Constitucional, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3° edición, año 2008, p. 284. En el mismo sentido SILVA B., Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo III. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2° edición, año 1997, p. 252.

Verdugo R., Sergio. Control Preventivo Obligatorio: Auge y Caída de la toma de razón al legislador. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 8, no. 1, Santiago de Chile, año 2010, p. 201-248.

Zapata L., Patricio. Justicia Constitucional. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, año 2008, p. 435-448.

Zapata Larraín, P. (2008): Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado, p. 233