



Colección Conmemoración 40 Años  
del Tribunal Constitucional  
1971-2011

---

APORTES DEL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL DE CHILE  
AL ESTADO DE DERECHO  
Y A LA DEMOCRACIA

MARISOL PEÑA TORRES

Colección Conmemoración 40 Años  
del Tribunal Constitucional  
1971-2011

---





Colección Conmemoración 40 Años  
del Tribunal Constitucional  
1971-2011

---

**APORTES DEL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL DE CHILE  
AL ESTADO DE DERECHO  
Y A LA DEMOCRACIA**

MARISOL PEÑA TORRES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
Teléfono (56-2) 640 18 00 • 640 18 20  
Fax (56-2) 633 83 54  
E-mail: [secretaria@tcchile.cl](mailto:secretaria@tcchile.cl)

CUADERNOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Inscripción N° 000.000  
Derechos Reservados  
Noviembre de 2011

Director de Publicaciones  
Leopoldo Núñez Tomé

Primera edición  
300 ejemplares

Diseño e impresión  
versión | producciones gráficas ltda.

# ÍNDICE

---

## **APORTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE AL ESTADO DE DERECHO Y A LA DEMOCRACIA**

MARISOL PEÑA TORRES

<b>PRESENTACIÓN</b> .....	7
MARISOL PEÑA TORRES	
<b>JUSTICIA CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA Y ESTADO DE DERECHO</b> .....	11
Introducción .....	11
Democracia, Estado de Derecho y Orden Constitucional .....	11
Rol de la justicia constitucional en la defensa y promoción del Estado de Derecho y, por ende, de la democracia .....	17
Reflexión final .....	26
<b>LOS DESAFÍOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL</b> .....	27
Consideraciones sobre la Justicia Constitucional .....	27
Desafíos del derecho constitucional contemporáneo .....	31
<b>LA IDEA DE LA CONSTITUCIÓN VIVIENTE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL</b> .....	37
Introducción .....	37
La idea de una Constitución “viviente” y los límites que se derivan para el juez constitucional .....	38
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional que aplica la idea de la Constitución “viviente” .....	44
1. El reconocimiento de derechos “implícitos” en la Constitución .....	44
2. El reconocimiento del efecto horizontal de los derechos fundamentales .....	46

3. La justiciabilidad de los derechos sociales .....	48
4. Valores sociales versus derechos individuales .....	49
Palabras finales .....	50
<b>LOS DILEMAS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>53</b>
<b>LAS AUDIENCIAS PÚBLICAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY: LA EXPERIENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE .....</b>	<b>57</b>
I. El procedimiento de inconstitucionalidad de la ley: la atribución más vigorosa de las Cortes Constitucionales .....	57
Introducción .....	57
Mirada retrospectiva al pensamiento de Kelsen .....	60
II. Exigencias procedimentales de los procesos de inconstitucionalidad de la ley .....	64
El caso de Chile .....	64
El derecho comparado .....	64
El procedimiento sobre inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable en Chile .....	67
III. Las audiencias públicas en los procesos de inconstitucionalidad de la ley: la experiencia chilena .....	72
“Caso ISAPRES” .....	74
“Caso 2331 del Código Civil” .....	78
“Caso Píldora” .....	80
IV. Conclusiones desde el punto de vista de la democracia y de la constitucionalización del derecho .....	85
<b>PRESENTACIÓN DE LA OBRA “DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL AMERICANO Y EUROPEO” .....</b>	<b>87</b>
<b>LA CONSTITUCIÓN DE 1980 Y LA EXISTENCIA DE UN “BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD” EN CHILE .....</b>	<b>95</b>
Introducción .....	95
Origen de la expresión “bloque de constitucionalidad” .....	98
¿Existe un concepto de bloque de constitucionalidad aplicable en Chile? ....	110

# PRESENTACIÓN

---

El año 2011 ha estado destinado a conmemorar, a través de diversas actividades, el 40° aniversario del establecimiento del Tribunal Constitucional de Chile creado por la reforma constitucional del año 1970. Sin perjuicio del intervalo producido entre noviembre de 1973 y marzo del año 1981, nuestra Magistratura ha funcionado ininterrumpidamente contribuyendo a fortalecer el Estado de Derecho fundado en la separación de funciones del Estado, en el respeto a los derechos fundamentales de las personas, familias y grupos intermedios, y en el control de los órganos del Estado acompañado de las consecuentes responsabilidades.

A estas alturas constituye un punto no discutido por la doctrina y la comunidad jurídica en general que el Tribunal Constitucional de Chile ha atravesado por tres etapas: La primera transcurrió entre noviembre del año 1970 y noviembre del año 1973. La segunda, que corresponde al período de restauración del Tribunal, se inicia en marzo del año 1981 y se extiende hasta fines de febrero del año 2006, cuando entra en vigencia la reforma constitucional del año 2005 por expresa indicación de la Disposición Transitoria 16ª de la Constitución Política. La última etapa se inicia, precisamente, a fines de febrero del año 2006 y se extiende hasta nuestros días.

Cada una de estas tres etapas se caracteriza porque la integración del Tribunal se va modificando de acuerdo a lo previsto en la propia Carta Fundamental y porque sus atribuciones se van acrecentando, al punto que, en la actualidad, se erige como una de aquellas judicaturas constitucionales del mundo que tiene atribuciones más amplias tanto en lo que se refiere al control preventivo y posterior de la constitucionalidad de la ley como de otras normas infraconstitucionales, con la sola excepción del conocimiento de las denominadas acciones de amparo de los derechos

fundamentales que el Constituyente de 2005 decidió mantener radicado en los tribunales ordinarios de justicia.

El Tribunal Constitucional correspondiente a la tercera etapa ha tenido desafíos de gran importancia que abordar. Desde luego, el traspaso de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales desde la Corte Suprema a esta Magistratura con particulares características que se centran en el examen de la aplicación del precepto impugnado en la gestión pendiente de que se trata para determinar si ella produce resultados contrarios a la Carta Fundamental. Asimismo, el Constituyente de 2005 confió a nuestro Tribunal el control de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, por las Cortes de Apelaciones y por el Tribunal Calificador de Elecciones.

No puede dejar de considerarse, en este sentido, que la reforma constitucional de 2005 otorgó también al Tribunal Constitucional la facultad de resolver, por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable. El Tribunal ha ejercido esta facultad en siete oportunidades: en cuatro de ellas mediante una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad que produjo la derogación del precepto respectivo desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia respectiva. En dos oportunidades desestimó la inconstitucionalidad y, en una última, declaró que no se había alcanzado el quórum necesario para pronunciarla.

En el ejercicio de cada una de estas nuevas competencias, el Tribunal se ha visto abocado a la tarea de defender la supremacía constitucional, el principio de separación de funciones del Estado y el necesario respeto y protección a los derechos fundamentales.

Es así como asumiendo las nuevas responsabilidades que el Constituyente de 2005 le asignó, junto a aquéllas que ya venían de las etapas anteriores en la vida del Tribunal, se ha ido forjando una jurisprudencia rica en contenidos y alcances para fortalecer el Estado de Derecho y la democracia.

La colección de artículos que se contiene en el presente número de la Serie Cuadernos del Tribunal Constitucional viene a sumarse a aquellos que integran nuestro primer trabajo: “Cuatro Estudios de Justicia Constitucional”, correspondiente al número 36, del año 2007, de la misma serie. En aquella oportunidad estábamos comenzando a ejercer nuestras labores en esta judicatura. Hoy, con cinco años de experiencia, ponemos a disposición de los jueces, abogados, profesores y público en general esta segunda obra cuyo objeto principal es dar a conocer diversos aspectos

tos de la labor y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la tercera etapa iniciada en el año 2006.

Se trata de diversas ponencias, artículos e intervenciones, difundidas tanto en Chile como en el extranjero, que han girado en torno a la hipótesis de que el Tribunal Constitucional de Chile ha seguido contribuyendo, con especiales bríos, a la consolidación del Estado de Derecho y de la democracia.

Algunos de esos trabajos corresponden a cometidos confiados por el propio Tribunal Constitucional como es el caso del artículo sobre las audiencias públicas en los procesos de inconstitucionalidad de la ley, preparado junto al Relator de este Tribunal, abogado Sebastián López Magasco, y expuesto en la Conferencia Mundial de Justicia Constitucional, realizada en Río de Janeiro, Brasil, a comienzos del presente año. En él se plantea que, pese a que la Ley Orgánica Constitucional de nuestra Magistratura, no prevé expresamente la posibilidad de convocar a tales audiencias, su utilidad resulta indiscutida después de varios procesos en que se ha acudido a este mecanismo en ejercicio de la facultad que posee el Tribunal de decretar medidas para mejor resolver. En ellas, diversos sectores y personas integrantes de la sociedad civil han tenido la oportunidad de expresar sus puntos de vista respecto de la eventual inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable previamente, lo que ha sido un importante elemento de juicio, especialmente a la hora en que el Tribunal ha debido ponderar los efectos que producirá una declaración de esa naturaleza.

Otros trabajos dan cuenta de la estrecha colaboración que se ha ido forjando entre nuestro Tribunal Constitucional y otras Magistraturas hermanas como es el caso de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, cuya publicación oficial ha recogido nuestras reflexiones sobre justicia constitucional, democracia y Estado de Derecho.

El resto de los artículos representan el compromiso de quien suscribe estas líneas de difundir la labor del Tribunal Constitucional hacia la comunidad académica de la que sigue formando parte como profesora de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Así, sometemos al lector unas breves reflexiones referidas a los dilemas que enfrenta la justicia constitucional, a propósito de la difusión de la sentencia recaída en el Rol N° 2025, de 2011, referido al requerimiento deducido por el Presidente de la República durante la tramitación del proyecto de ley que extendía el permiso post natal y que fuera publicado en la página web de la Facultad de Derecho ya mencionada.

Al mismo tiempo, se incluye la exposición realizada en la Sala de Lectura del Congreso Nacional, en junio del presente año, en el Seminario de Profesoras de Derecho Constitucional destinado a homenajear a la ex Ministra de este Tribunal, profesora Luz Bulnes Aldunate. Dicho Seminario, inaugurado por la Senadora Soledad Alvear, nos permitió plantear un conjunto de puntos de vista sobre los desafíos que enfrenta la justicia constitucional de nuestros tiempos.

Cierran este volumen dos trabajos. El primero correspondiente a la presentación de la obra “Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo”, dos tomos, conjunto de artículos coordinados por el profesor argentino Víctor Bazán, y que revisten una importancia indiscutible para el desempeño de las funciones del juez constitucional. El segundo es un trabajo inédito vinculado a la pregunta de si es posible sostener la existencia de un bloque de constitucionalidad en Chile teniendo presente el origen histórico de esta noción en Europa. Se trata de un esfuerzo tendiente a demostrar la estrecha interconexión que hoy existe entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional Público, en particular, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, frecuentemente invocado por quienes requieren de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante esta sede.

Agradezco, sinceramente, al Tribunal Constitucional de Chile y, muy particularmente, a su Presidente, Ministro Raúl Bertelsen Repetto, la posibilidad de dar a conocer estos trabajos a la comunidad jurídica. Ellos representan, naturalmente, mi perspectiva personal sobre cada uno de los tópicos en ellos planteados y no comprometen la posición del Tribunal Constitucional, salvo cuando se citan sus propias decisiones. Confío en que ellos puedan aportar al conocimiento y creciente valoración del trabajo de la Magistratura que me honro en integrar.

MARISOL PEÑA TORRES  
*Noviembre de 2011*

# JUSTICIA CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA Y ESTADO DE DERECHO<sup>1</sup>

---

## INTRODUCCIÓN

La reflexión contenida en este artículo se vincula a la necesidad de efectuar un aporte a la reflexión sobre los grandes desafíos que enfrenta la jurisdicción constitucional en Iberoamérica. Lo anterior, en tiempos en que suelen predominar las incertidumbres, las dudas y la falta de certeza en las relaciones humanas que caracterizan a la postmodernidad en la que vivimos. Estos mismos rasgos suelen estar marcando las dificultades por las que atraviesan nuestras democracias con los peligros que ello implica para su gobernabilidad y para la plena vigencia del Estado de Derecho.

De allí que nos hemos propuesto reflexionar en torno al rol de la justicia constitucional en la defensa de los principios democráticos y del equilibrio de funciones que es consustancial al Estado de Derecho. Lo haremos, por cierto, desde una perspectiva teórica, pero, muy particularmente, desde la experiencia del Tribunal Constitucional chileno.

## DEMOCRACIA, ESTADO DE DERECHO Y ORDEN CONSTITUCIONAL

La Carta Democrática Interamericana de la OEA, suscrita en la ciudad de Lima, el 11 de septiembre de 2001, precisa, en su artículo 2º, que “el

---

<sup>1</sup> Artículo publicado en *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*. Tomo III. Instituto de Justicia Constitucional. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2011, pp. 123-142.

*ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos*". Agrega, en su artículo 3°, que "son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos". Finalmente, en su artículo 7°, expresa que "la democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos".

Las normas recordadas dejan en evidencia la estrecha ligazón que existe entre democracia, Estado de Derecho y orden constitucional. Con razón, Elías Díaz ha sostenido que "el Estado de Derecho es la institucionalización jurídico-política de la democracia. Con aquél se trata de convertir en legalidad (normas, Constitución) el sistema de libertades (libertad como base) que caracteriza a la legitimidad democrática"<sup>2</sup>.

La democracia se ha extendido por el mundo erigiéndose no sólo como uno de los pilares del proceso de globalización en que estamos inmersos sino que, en el caso de nuestro continente, como un verdadero derecho de los pueblos de América<sup>3</sup>.

Por su parte, la plena vigencia del Estado de Derecho, a partir de su expresión en las normas constitucionales, ha pasado a ser una condición indispensable para que impere una democracia real y vivida.

De allí que parezca indispensable recordar los elementos que configuran el Estado de Derecho, el *rule of law* o el *Reschtsstaat*, en las diversas acepciones que ha tomado este concepto, según la tradición de que se trate.

Sin embargo, y antes de consignar los elementos que configuran el Estado de Derecho, es preciso recordar que la idea esencial que lo define es la del poder limitado por el derecho. Para Ansuátegui Roig –quien cita, en este punto, a Chevallier y a Böckenforde–, "el objetivo básico del

<sup>2</sup> DÍAZ, ELÍAS. "Estado de Derecho y legitimidad democrática". En: CARBONELL, MIGUEL Y VÁZQUEZ, RODOLFO (Compiladores). *El Estado de Derecho: Dilemas para América Latina*. Editorial Palestra, Lima, 2009, p. 73.

<sup>3</sup> El artículo 1° de la Carta Democrática Interamericana de la OEA señala, en su inciso primero, que "los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla".

*Estado de Derecho en sus primeras formulaciones es el de encuadrar y limitar el poder del Estado*”, y ello, a través de la ley, concebida al respecto como instrumento jurídico básico. En efecto, la ley es “*el eje de la constitución del Estado de Derecho*”<sup>4</sup>.

En una clara contraposición al absolutismo monárquico, la idea del poder limitado por el derecho, fomentó el abandono de la concepción del detentador del poder sujeto solamente a la voluntad divina. Así, la idea del *rule of law*, se constituye en un verdadero parámetro para medir la legitimidad política del gobernante, pues, precisamente, su acción carece de legitimidad si desobedece al derecho<sup>5</sup>.

El Estado de Derecho implica también un orden objetivo e impersonal que se aplica tanto a gobernantes como a gobernados. Antonio Pereira Menaut nos recuerda que “*la idea de la sumisión de gobernantes y gobernados a un derecho que está sobre todos tiene su origen en la Edad Media y puede discernirse con razonable claridad en el mencionado artículo 39 de la Carta Magna de 1215*”. Éste precisa: “*Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley o desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino*”.

La sola lectura del artículo 39 de la Carta Magna inglesa permite comprender por qué el Estado de Derecho ha sido conceptualizado como una fórmula de equilibrio entre el orden y la libertad, acorde a la cual las potestades del gobernante encuentran su freno en los derechos que fluyen de la dignidad humana y que no pueden ser atropellados o entrabados más allá de los límites razonables que el Constituyente y el legislador van estableciendo con pleno respeto a la esencia de cada uno de ellos.

Bajo esta concepción no sería extraño sostener que la plena vigencia del Estado de Derecho se constituye en la mejor garantía de salvaguarda de los derechos fundamentales entendidos no sólo en su clásica dimensión subjetiva sino que también en aquella objetiva según la cual éstos se erigen en “*los elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional*”<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> ANSUÁTEGUI ROIG, FRANCISCO JAVIER. *La conexión conceptual entre el Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007, p. 57.

<sup>5</sup> PEREIRA MENAUT, ANTONIO CARLOS. *Rule of Law o Estado de Derecho*. Colección Prudentia Iuris, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2003, pp. 17 y 21.

<sup>6</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13, N° 39, septiembre-diciembre 1993, p. 209.

De allí que el primer elemento del Estado de Derecho está constituido por la garantía eficaz de los derechos fundamentales que el ordenamiento constitucional e internacional han reconocido como emanaciones directas de la dignidad humana, esto es, de aquel valor propio de la persona en cuanto tal, independientemente de su condición particular.

El Tribunal Constitucional de Chile –como varios otros del continente– ha sostenido que la dignidad humana es *“la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados”*<sup>7</sup>. Ha agregado que la dignidad del ser humano implica que *“éste ha de ser respetado en sí mismo por el solo hecho de serlo, con total independencia de sus atributos o cualidades personales (...) esta cualidad, propia de toda persona, constituye así el fundamento de todos los derechos que le son inherentes y de las garantías necesarias para resguardarlos”*<sup>8</sup>. Al mismo tiempo y siguiendo la precisión efectuada por el Tribunal Constitucional español ha destacado que la dignidad humana representa *“uno de los fundamentos del orden político y de la paz social”*<sup>9</sup>.

Para que exista un auténtico Estado de Derecho no basta, entonces, con la mera consagración de los derechos de las personas a través de un catálogo más o menos extenso de disposiciones constitucionales e internacionales. Resulta indispensable que se establezcan y regulen los mecanismos necesarios para dar efectiva garantía de respeto y cumplimiento de esos derechos, ya sea a través de acciones como el amparo o la tutela, el hábeas corpus, el hábeas data y todas aquellas que se estimen necesarias para el cumplimiento de ese objetivo. De lo contrario, los derechos fundamentales no sólo quedarán reducidos al carácter de normas programáticas sino que, además, se debilitará notablemente la naturaleza objetiva que hoy se les reconoce y a la que ya hemos aludido.

Otro elemento fundamental para que opere el Estado de Derecho es la separación de funciones del Estado.

Como nos recuerda Montesquieu, *“cuando el Poder Legislativo está unido al Poder Ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el Monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente. Tampoco hay libertad si el Poder Judicial no está separado del Legislativo y del Ejecutivo. Si va unido al Poder Legislativo, el Poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al Poder Ejecutivo, el juez podría*

<sup>7</sup> STC, de 28 de octubre de 2003, Rol N° 389, considerando 17°.

<sup>8</sup> STC, de 25 de enero de 2005, Rol N° 433, considerando 25°.

<sup>9</sup> STC, de 1° de agosto de 2006, Rol N° 521, considerando 18°.

*tener la fuerza de un opresor. Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres Poderes: El de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares”*<sup>10</sup>.

Su preocupación por resguardar la libertad política de los ciudadanos lo llevaba a advertir contra los peligros de la concentración del poder. En sus propias palabras, “nos ha enseñado una experiencia externa que todo hombre investido de autoridad abusa de ella. No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación. ¡Quién lo diría! Ni la virtud puede ser ilimitada”<sup>11</sup>.

Surge, así, en la concepción de Montesquieu –elevada hoy a un principio estructural de nuestras democracias contemporáneas– la idea de que, para preservar adecuadamente la libertad de los ciudadanos, resulta fundamental que el poder del Estado esté distribuido entre distintos órganos que, por un lado “*se neutralizan produciendo la inacción. Pero impulsados por el movimiento necesario de las cosas, han de verse forzados a ir de concierto*”<sup>12</sup>.

Sabido es, sin embargo, que la separación estricta de las funciones del Estado resulta inconciliable con el funcionamiento de nuestros modernos Estados. Esta realidad ya fue advertida por los autores de “El Federalista”, Madison Hamilton y Jay, quienes, a través de sus escritos, destacaron la necesidad de que los órganos que ejercen cada una de las funciones del Estado se vigilen y fiscalicen recíprocamente. Así se dio origen al principio de los “*checks and balances*” o de frenos y contrapesos que sustenta el funcionamiento de nuestros actuales Estados constitucionales.

Gabriel Negretto afirma, en este sentido, que “*a diferencia de un esquema de separación pura, que coloca en manos de distintos agentes el ejercicio de una función estatal específica, el modelo de frenos y contrapesos propone complementar la división de poderes con dos elementos adicionales. Por un lado, un sistema electoral que induzca en cada rama del gobierno una representación de intereses lo más diversa posible. Por otro, una distribución de poderes tal que permita a cada uno de los agentes estatales bloquear las decisiones de los otros en ausencia de acuerdo entre los mismos. La idea central de este mecanismo es mantener la separación a través del equilibrio*”<sup>13</sup>. Con todo, este autor presenta

<sup>10</sup> MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. Libro XI, Capítulo VI, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 104.

<sup>11</sup> MONTESQUIEU. Ob. Cit., Libro XI, Capítulo IV, p. 103.

<sup>12</sup> MONTESQUIEU. Ob. Cit., Libro XI, Capítulo VI, p. 109.

<sup>13</sup> NEGRETTO, GABRIEL L. “Hacia una nueva visión de la separación de poderes en América Latina”. En: CARBONELL, MIGUEL Y VÁZQUEZ, RODOLFO (Compiladores). *El Estado de Derecho: dilemas para América Latina*. Editorial Palestra, Lima, 2009, p. 183.

una visión crítica del modelo de separación de poderes con checks and balances para América Latina, atendidas las particularidades de las realidades políticas imperantes.

Ahora bien, desde el punto de vista constitucional, el respeto a las competencias propias de cada órgano del Estado resulta esencial para un adecuado equilibrio entre las potestades estatales. El artículo 7°, inciso segundo, de la Constitución chilena, prescribe, en este sentido, que: *“Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”*.

Este delicado equilibrio es el que, verdaderamente, permite el funcionamiento de la “relojería” del Estado de Derecho, pues la labor legislativa se vería frenada si el Ejecutivo no cumpliera debidamente su función de llevar la generalidad de la ley al ámbito de lo particular a través del proceso de ejecución de la ley. Del mismo modo, si el Poder Judicial no gozara de las potestades suficientes para amparar la lesión que puedan experimentar los derechos de las personas y los grupos intermedios, como consecuencia de actos arbitrarios o ilegales cometidos por órganos de la Administración, la primera de las bases del Estado de Derecho se vería socavada.

La vigilancia recíproca entre los órganos del Estado no supone, entonces, un veto permanente a las actividades de los demás, sino que, por el contrario, la posibilidad cierta y eficaz que la libertad de las personas sea respetada, la seguridad del ejercicio de las competencias específicas que le ha asignado el ordenamiento jurídico a cada órgano y, en suma, la materialización del principio constitucional clásico de la limitación del poder por el derecho.

De lo anterior fluye un último elemento constitutivo del Estado de Derecho y que se refiere a la existencia de adecuados mecanismos de control que aseguren no sólo que los órganos del Estado se desenvuelvan en el ámbito de sus competencias sino que puedan perseguirse y sancionarse las eventuales responsabilidades derivadas de la transgresión de la Constitución o de la ley.

Karl Loewenstein afirma, sobre este aspecto, que:

*“La clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del Poder político esté distribuido entre los detentadores del Poder, y por medio de las cuales los detentadores del Poder estén sometidos a control de los destinatarios del Poder. Siendo la naturaleza humana*

*como es, no cabe esperar que el detentador o los detentadores del Poder sean capaces, por autolimitación voluntaria, de liberar a los destinatarios del Poder y a sí mismos del trágico abuso del Poder.*

*Instituciones para controlar el Poder no nacen ni operan por sí solas, sino que deberían ser creadas ordenadamente e incorporadas conscientemente en el proceso del Poder. Han pasado muchos siglos hasta que el hombre político ha aprendido que la sociedad justa, que le otorga y garantiza sus derechos individuales, depende de la existencia de límites impuestos a los detentadores del Poder en el ejercicio de su Poder, independientemente de si la legitimación de su dominio tiene fundamentos fácticos, religiosos o jurídicos”<sup>14</sup>.*

## **ROL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA DEFENSA Y PROMOCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO Y, POR ENDE, DE LA DEMOCRACIA**

Entendemos por “justicia constitucional” el conjunto de normas, de órganos y de procedimientos destinados a dar efectiva concreción al principio de supremacía de la Constitución, entendida como un conjunto de valores, principios y reglas que fijan el compromiso esencial de una sociedad en cuanto a su organización y destino<sup>15</sup>.

Seguimos a Mauro Capeletti, asimismo, para distinguir los ámbitos de la justicia constitucional de la **libertad**, cuando se refiere a la defensa y promoción de los derechos reconocidos por la Constitución; de la justicia constitucional **orgánica**, para abarcar el pleno respeto de las atribuciones que la Constitución confía a cada órgano y el haz de relaciones funcionales entre ellos; y de la justicia constitucional **transnacional** para referirnos a los procedimientos y organismos derivados del avance del derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en los ordenamientos internos de nuestros Estados.

Para nadie es un misterio que la posibilidad de controlar los actos del representante por excelencia de la soberanía popular –como es el legislador– se vio dificultada por la tesis de la infalibilidad de las decisiones de éste a partir de las ideas desarrolladas por Rousseau en El Contrato Social<sup>16</sup> y que calaron tan profundamente en el mundo europeo desde el cual impactó también a nuestro continente.

---

<sup>14</sup> LOEWENSTEIN, KARL. *Teoría de la Constitución*. Editorial Ariel, Barcelona, 1970, p. 149.

<sup>15</sup> CAPELETTI, MAURO. *Obras. La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. Editorial Porrúa, México, 2007.

La labor del juez, por su parte, fue descrita por Montesquieu, afirmando que: “*el juez está sólo llamado a pronunciar las palabra de la ley*”, o más simplemente, “*el juez es la boca de la ley*”.

La Constitución chilena de 1833 –como muchas otras de América Latina– se hizo eco de esta tendencia declarando, en su artículo 164 que “*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*”.

Por su parte, la Corte Suprema de Chile, en un célebre dictamen del año 1848, observó que “*(...) ninguna magistratura goza de la prerrogativa de declarar la inconstitucionalidad de las leyes promulgadas después del Código Fundamental y de quitarles por este medio sus efectos y fuerza obligatoria. Ese poder, que por su naturaleza, sería superior al del legislador mismo, puesto que alcanzaría a anular sus resoluciones, no existe en magistratura alguna, según nuestro sistema constitucional. El juicio supremo del legislador, de que la ley no es opuesta a la Constitución, disipa toda duda en el particular y no permite retardos o demoras en el cumplimiento de sus disposiciones*”.

En esta perspectiva es fácil entender por qué la instauración de mecanismos de control de la constitucionalidad de la ley, distintos del control político ejercido por el propio Parlamento, fue más bien tardía en Europa y también en nuestro continente.

Como señala el profesor y ex Presidente del Tribunal Constitucional de Chile, José Luis Cea Egaña, “*con el control de constitucionalidad de las leyes quedó superado, desde las primeras décadas del siglo XX, el planteamiento decimonónico, siempre fracasado en los hechos, según el cual los Parlamentos –no los jueces– eran los llamados a ejercer esa fiscalización. La historia demuestra que la política se subordina a los partidos y que, por el contrario, nada supera a la imparcialidad del control que ejerce una Magistratura independiente e imparcial. Igualmente abatido resultó el dogma rousseauiano de la infalibilidad del legislador, derivado de ser el representante de la voluntad general*”<sup>17</sup>.

Si bien el control difuso de la constitucionalidad de la ley, encomendado a cada juez ante el caso concreto que debía resolver, ganó terreno a partir del fallo *Marbury vs. Madison*, redactado por el Juez John Marshall de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en 1803, lo cierto es que ya en “*El Federalista*”, Hamilton, Madison y Jay habían advertido

---

<sup>16</sup> Preguntándose acerca de si la voluntad general, como expresión de la soberanía, puede equivocarse, Rousseau contesta que “*la voluntad general es siempre recta y tiende a la utilidad pública*”. En: *El Contrato Social*. Editorial Alba, Madrid, 1998, p. 47.

<sup>17</sup> CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. “Transformaciones del Derecho Público Contemporáneo”. En: *El Nuevo Derecho Público en la Doctrina Chilena. Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 30, Santiago, 2006, p. 38.

previamente sobre la necesidad de que todo acto legislativo se conformara a la Constitución. Así habían señalado:

*“No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido (...)”*<sup>18</sup>.

Así, si la irrestricta defensa de la supremacía de la Constitución había logrado introducir la facultad de que cada juez inaplicara, para el caso concreto de que conocía, aquellas leyes contrarias a la Carta Fundamental, la instauración de jurisdicciones constitucionales especializadas autorizadas para anular las leyes inconstitucionales y expulsarlas del ordenamiento jurídico, representó un avance aun más notable y, por lo mismo, fue objeto de severas críticas. El propio Hamilton había manifestado que los tribunales, so pretexto de una contradicción entre la ley y la Constitución, podían llegar a reemplazar la voluntad constitucional del Poder Legislativo en base a su propia discrecionalidad<sup>19</sup>.

Y es que, en efecto, desde la misma creación de los primeros Tribunales Constitucionales, en Austria y Checoslovaquia, a partir de 1920, arreciaron las críticas contra éstos en base a la supuesta infracción del principio de separación de poderes y de la esencia misma de la democracia que su actividad importaba. Como ejemplo de estas críticas, Capeletti cita la conclusión de la conferencia pronunciada por Lord Devlin, en Chorley, en el año 1975: *“Atribuir a la magistratura un papel de élite que se desvía del camino demasiado frecuentado del proceso democrático resulta muy tentador. Sólo sería un desvío aparente. En realidad, sería un camino que jamás aboca a la carretera principal, sino que conduciría, por muy larga y sinuosa que fuera la vía, al Estado totalitario”*<sup>20</sup>.

El propio creador de los Tribunales Constitucionales, Hans Kelsen se encargó de contestar esas críticas sosteniendo que:

*“La anulación de las leyes por un tribunal puede, pues, interpretarse con igual razón más como un reparto del poder legislativo entre dos órganos que como una intromisión en el poder legislativo. Ahora bien, en este caso no se habla generalmente de una violencia del principio de separación de poderes (...). Si se quiere mantenerlo en la república democrática sólo puede ser tomado razonablemente en consideración, de entre sus diversos significados,*

<sup>18</sup> Citado por PIZZORUSSO, ALESSANDRO. *Justicia, Constitución y Pluralismo*. Editorial Palestra, 2007, p. 35

<sup>19</sup> Citado por STARCK, CHRISTIAN. *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*. Editorial Dykinson, Madrid, 2011, p. 86.

<sup>20</sup> CAPELETTI. Ob. Cit., p. 323.

*aquél que se expresa mejor en la fórmula de la división de poderes que en la de la separación de los mismos, es decir; el que alude a la idea del reparto del poder entre órganos diferentes no tanto para aislarlos recíprocamente como para permitir un control recíproco de unos sobre otros. Y esto no sólo para impedir la concentración de un poder excesivo en manos de un solo órgano (...) sino también para garantizar la regularidad del funcionamiento de los diferentes órganos (...) la institución de la Justicia Constitucional no está en absoluto en contradicción con el principio de separación de poderes, sino que constituye, por el contrario, una afirmación del mismo”<sup>21</sup>.*

Desde esta perspectiva, la justicia constitucional, en general, y el funcionamiento de las Magistraturas Constitucionales, en particular, no pueden sino ser entendidas como una expresión de los *checks and balances* o de los frenos y contrapesos que dan vida al Estado de Derecho y que permiten la preservación de la democracia.

Ni siquiera las cuestiones propiamente políticas, estimadas tradicionalmente como “no justiciables”, debieran quedar al margen del control que ejercen los Tribunales Constitucionales en defensa de la supremacía de la Constitución y, especialmente, del pleno respeto y promoción de los derechos fundamentales. Destacable es, en este sentido y en nuestro continente, el fallo emitido el 8 de diciembre de 2004, por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica (Rol 9992-04) que declaró inconstitucionales dos actos del Poder Ejecutivo de ese país por medio de los cuales se apoyaban explícitamente las acciones que estaba desarrollando la coalición de países liderados por Estados Unidos en Irak. Luego de admitir el fallo que los actos de gobierno “*estuvieron excluidos del escrutinio de los tribunales de justicia*”, constata asimismo que “*en el actual desarrollo jurídico costarricense no existe disenso alguno sobre la posibilidad de controlar la constitucionalidad de los mismos*” concluyendo que tales actos “*están sometidos a la Constitución política, o para precisarlos mejor, al llamado Derecho de la Constitución*”<sup>22</sup>.

En su fallo de 11 de enero de 2007, pronunciado en el Rol N° 591, el Tribunal Constitucional de Chile hizo suyas las expresiones del maestro Louis Favoreu, en el sentido que:

*“Un Tribunal Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional” y debe*

<sup>21</sup> Citado por DÍAZ REVORIO, FRANCISCO JAVIER. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 243.

<sup>22</sup> Un análisis completo de este fallo puede consultarse en SAGÜES, NÉSTOR PEDRO. *Reflexiones sobre la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, a propósito de la “coalición” contra Irak*. En: <http://www.iidpc.org/pdf/ajr/sagues.pdf>. Consultado el 25 de julio de 2008.

*velar por el derecho fundamental a la integridad y primacía de la Constitución (...) La jurisdicción constitucional tiene un significado esencial para el perfeccionamiento y la vigencia del Estado constitucional de Derecho, la división y equilibrio de las ramas del poder público, la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, la división vertical del poder del Estado y el respeto a los derechos fundamentales”.*

Agregó que:

*“La jurisdicción constitucional se proyecta así como una de las garantías básicas del Estado constitucional de Derecho. El poder público en todas sus manifestaciones –Estado legislador, Estado administrador y Estado juez– debe someter su quehacer a la Constitución. La jurisdicción constitucional debe asegurar que, efectivamente, todas las autoridades públicas sujeten sus actos (...) a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales se desarrolle dentro de un ámbito correcto y de legítimo ejercicio de la función constitucional que les compete” (considerando 8°).*

Probablemente, la declaración de inconstitucionalidad de una ley, como producto de un control abstracto y con efecto *erga omnes*, y su consiguiente expulsión del ordenamiento jurídico constituya una de las expresiones más extremas de esta garantía jurisdiccional de la Constitución radicada en los Tribunales Constitucionales. De allí que su ejercicio por parte de estas Magistraturas suponga un particular grado de prudencia. Como ha sostenido el Tribunal Constitucional de Chile:

*“La declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable en casos particulares, en nada vulnera sino que, por el contrario, refleja y garantiza el necesario respeto hacia la labor de los órganos colegisladores y la plena eficacia de la presunción de constitucionalidad de la ley generadas por los órganos legitimados para ello dentro de un Estado democrático. Este principio, reiterado en la jurisprudencia de este Tribunal, constituye una expresión que concreta la separación de funciones del Estado y su asignación a los órganos competentes, que se encuentra expresamente establecida en el artículo 7°, inciso segundo, de la Carta Fundamental”.*

En el mismo fallo que recordamos el Tribunal chileno afirmó que:

*“(...) el control a posteriori de la constitucionalidad de la ley, que puede derivar, como en este caso, en la expulsión de un precepto del ordenamiento jurídico positivo, es una competencia que procura regular el correcto funcionamiento y la eficacia del Estado de Derecho, lográndose con ello el fortalecimiento constante de los sistemas de frenos y contrapesos en el actuar*

*de los órganos del Estado en forma compatible con aquella división de funciones prevista en los artículos 6° y 7° de la Constitución*<sup>23</sup>.

En base a esas mismas consideraciones, en la sentencia roles 558 y 590 acumulados, sostuvo:

*“(...) tal como lo han reconocido uniformemente la doctrina y la jurisprudencia comparadas, el respeto hacia la labor que desarrolla el legislador obliga al Tribunal Constitucional, en su función de contralor de constitucionalidad de la ley, a buscar, al menos, alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental y sólo en el evento de no ser ello posible, unido a la necesidad de cautelar integralmente la plena vigencia de los principios de supremacía constitucional, igualdad ante la ley y certeza jurídica, resultará procedente y necesaria la declaración de inconstitucionalidad”*<sup>24</sup>.

Todos sabemos, no obstante, que el tradicional rol de “legislador negativo” asignado a las Magistraturas Constitucionales ha sido hoy crecientemente superado, lo que ha acentuado las críticas referidas a la intromisión de nuestros Tribunales en las atribuciones de los poderes clásicos del Estado.

Así, sentencias de las denominadas “exhortativas” o “manipulativas” que instan al legislador a que cumpla su misión constitucional (por ejemplo, en los casos de inconstitucionalidad por omisión) o que corrigen derechamente la voluntad del legislador dando a la norma una interpretación que, incluso más allá de lo regulado por éste, permiten su ajuste a la Constitución, constituyen una expresión de la amplitud con que los Tribunales Constitucionales están actuando en función del respeto a la supremacía constitucional y del Estado de Derecho.

Y es que el rol de “supremo guardián de la Constitución”, asignado a las Cortes Constitucionales de nuestros tiempos exige mucho más que su tradicional función de expulsar del ordenamiento jurídico los preceptos normativos claramente inconstitucionales. ¿Cómo se explica esta ampliación de atribuciones de los Tribunales Constitucionales?

Una primera respuesta ha de hallarse, sin duda, en la fuerza normativa directa que hoy se atribuye a nuestras Constituciones. Lejos está aquella frase de Lasalle, según la cual la Constitución era una “mera hoja de papel” frente al juego de los factores reales de poder presentes en la sociedad. Asimismo, aquellas concepciones que limitaban el rol de la Constitución a una mera expresión político-organizativa se han visto

<sup>23</sup> STC, de 26 de marzo de 2007, Rol N° 681-2006, considerando 7°.

<sup>24</sup> STC, de 5 de junio de 2007, Roles N°s. 558 y 590 (acumulados), considerando 6°.

también superadas frente a una Carta Fundamental concebida como una norma jurídica directamente vinculante donde sus preceptos no pueden quedar supeditados a la dictación de normas infraconstitucionales que les den vigor.

De allí que el Tribunal Constitucional de Chile ha afirmado que:

*“La fuerza normativa que caracteriza a la Carta Fundamental (es una) característica conforme a la cual ésta se irradia al ordenamiento jurídico entero, al punto que ninguna de sus disposiciones puede quedar al margen de o en pugna con la supremacía que es propia de ella. En este sentido, pertinente es recordar la reflexión de autorizada doctrina, en uno de cuyos libros se lee que esa cualidad de la Ley Suprema:*

*apareja necesariamente estar dotada de fuerza normativa para operar sin intermediación alguna, y obligación (para todos los operadores gubernamentales y para los particulares en sus relaciones ‘inter privados’) de aplicarla, cumplirla, conferirle eficacia, no violarla –ni por acción ni por omisión–. (Germán J. Bidart Campos: El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Ediar, Buenos Aires, 1995, pp. 88-89)”<sup>25</sup>.*

Una segunda razón en la ampliación del ámbito de acción de los Tribunales Constitucionales puede encontrarse en el carácter abierto de la mayoría de las disposiciones constitucionales aprobadas por los órganos democráticamente electos que obliga al intérprete a dotarlos de contenido que asegure su eficacia.

Las Constituciones están, en efecto, integradas, en medida importante, por conceptos jurídicos indeterminados cuyo alcance queda entregado, prioritariamente, a la definición que entreguen los jueces. Así, por ejemplo, la igualdad ante la ley fue entendida, tradicionalmente, como una interdicción de la discriminación o como una garantía de aplicación estable y uniforme de la ley a aquel universo de personas que se encontraba precisamente en la situación prevista por la norma. Hoy, en cambio, la igualdad ante la ley invita al juez a realizar un juicio de proporcionalidad de las diferencias introducidas por el legislador donde la razonabilidad de la distinción será apreciada en base a criterios de necesidad, idoneidad y tolerabilidad para el destinatario.

En este sentido, la Magistratura Constitucional chilena ha precisado en una reciente sentencia:

*“(...) el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva.*

<sup>25</sup> STC, de 26 de junio de 2008, Rol N° 976, considerando 35°.

*De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador.*

*(...) para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada (Tomás Ramón Fernández. De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional. Editorial Civitas, Madrid, 1998, pp. 34 y 42)”<sup>26</sup>.*

Además, el Tribunal Constitucional de Chile, se amparó en la diferencia entre igualdades esenciales y desigualdades esenciales sustentada por el Tribunal Constitucional Federal alemán para afirmar que sería arbitrario y contrario a la igualdad ante la ley, “*tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales*”<sup>27</sup>.

Esta constante necesidad de ir dotando de contenido a los preceptos constitucionales permite entender por qué suele sostenerse que “*la Constitución es lo que los jueces dicen que es*”.

Una tercera razón vinculada a la ampliación de la acción de los Tribunales Constitucionales se refiere a la concreción de la idea de una “Constitución viviente”. Ya a mediados del siglo XX, el ilustre tratadista alemán, Hermann Heller, había planteado que: “*La constitución de un Estado coincide con su organización en cuanto ésta significa la constitución producida mediante actividad humana consciente y sólo ella. Ambas se refieren a la forma o estructura de una situación política real que se renueva constantemente mediante actos de voluntad humana*”<sup>28</sup>. Esa renovación se torna indispensable para evitar los fenómenos de desconstitucionalización o de atrofia de la conciencia constitucional.

Se trata, en efecto, de favorecer la idea de la una Constitución normativa o vivida (en la terminología de Karl Loewenstein), esto es, de un conjunto de preceptos fundamentales que, sin perjuicio de reflejar la cultura<sup>29</sup> de la sociedad a la que rige, se va adaptando a la evolución que

<sup>26</sup> STC, de 24 de junio de 2011, Rol N° 1988.

<sup>27</sup> STC, de 6 de agosto de 2010, Rol N° 1710.

<sup>28</sup> HELLER, HERMANN. *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 1955, pp. 267 y 268.

<sup>29</sup> HÁBERLE, PETER. *La Constitución como cultura*. (Traducción de Ana María Montoya). Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

esa misma sociedad va experimentando. Por ejemplo, frente a aquellas nuevas manifestaciones de los atentados contra la intimidad representadas por el atropello a la propia imagen. Los tribunales chilenos ha reconocido, por lo mismo, el derecho a la propia imagen como una manifestación de la privacidad<sup>30</sup>, aún cuando aquélla no tenga un reconocimiento expreso en la Carta Fundamental.

Lo anterior alude al reconocimiento de “derechos implícitos” que sin tener un tratamiento expreso en la Constitución pueden inferirse, razonablemente, del alcance de otros derechos sí consagrados en su texto. El Tribunal Constitucional chileno ha operado de este modo respecto, por ejemplo, del derecho a la identidad personal sosteniendo que: *“el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el artículo 1º, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema consagra. Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca en su texto el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país”*<sup>31</sup>.

Lo mismo sucede cuando se acogen amparos de derechos que, sin estar asegurados directamente en la Carta Fundamental, han sido recogidos, no obstante, por normas del derecho internacional de los derechos humanos, a las que nuestras Constituciones se remiten con distintos grados de intensidad.

No podría discutirse, entonces, que el desarrollo de la idea de la “Constitución viviente”, sobre todo en la perspectiva de fortalecer la protección de aquellos derechos humanos o inmanentes a la naturaleza de toda persona, es una vía que contribuye al fortalecimiento de nuestros Estados de Derecho y de nuestras democracias.

Con todo, la necesidad de impulsar la idea de una “Constitución viviente” parece ser uno de los aspectos más sensibles del ejercicio de la jurisdicción constitucional como soporte del Estado de Derecho y de la democracia.

---

<sup>30</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”. *Revista Ius et Praxis*, 13(2), Universidad de Talca, Chile, 2007.

<sup>31</sup> STC, de 29 de septiembre de 2009, Rol N° 1340, considerando 9°. La tesis del este fallo aparece reconocida, no obstante, en un voto de minoría en las sentencias recaídas en los Roles N°s 1537-11, 1563-11 y 1656-11.

No es difícil imaginar que la concreción permanente de la idea de una Constitución viva o viviente puede implicar una sustitución de la voluntad del Constituyente, lo que sí lesionaría seriamente el principio democrático. Así, por ejemplo, el juez constitucional puede querer adaptar la Constitución a nuevas realidades derivadas, por ejemplo, del reconocimiento del pluralismo en la sociedad actual. Sin embargo, en ese legítimo propósito no puede pasar a llevar la voluntad sustancial del Constituyente manifestada en el espíritu o en la *ratio legis* de las normas pertinentes. El cambio debiera materializarse, en ese caso, a través de una reforma constitucional.

La autolimitación del juez constitucional o *self restraint* cobra entonces tanta importancia como el mismo mecanismo diseñado para la elección de los magistrados constitucionales<sup>32</sup>.

## REFLEXIÓN FINAL

Pese a las vicisitudes que han rodeado y siguen rodeado el funcionamiento de la justicia constitucional y, en particular, de los Tribunales Constitucionales en el mundo, es posible afirmar que la relación entre justicia constitucional, principios democráticos y Estado de Derecho es inescindible. Una democracia que quiera fortalecerse sólo podrá hacerlo a partir de la consolidación de un sistema de justicia constitucional vigoroso, independiente y dotado de las necesarias atribuciones para lograr que todo órgano del Estado actúe supeditado a la Constitución y, especialmente, a los valores y principios democráticos que ella recoge e impulsa.

Así se hará realidad la sentencia de Dominique Rousseau<sup>33</sup> en el sentido de que si el siglo XIX fue el de los Parlamentos, el siglo XX –y, podríamos añadir, lo que va corrido del XXI– ha pasado a ser el tiempo de la justicia constitucional.

---

<sup>32</sup> Véase, en este sentido, el artículo del profesor BAZÁN, VÍCTOR: “El Estado de Derecho como zona de interacción de la democracia, la Constitución, la justicia constitucional y la protección de los derechos fundamentales”. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 11, enero-junio 2009, p. 68.

<sup>33</sup> ROUSSEAU, DOMINIQUE. *La justicia constitucional en Europa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

# LOS DESAFÍOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL<sup>34</sup>

---

## CONSIDERACIONES SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La justicia constitucional ha sido concebida como el conjunto de normas, de órganos y de procedimientos destinados a dar efectiva concreción al principio de supremacía de la Constitución, entendida como un conjunto de valores, principios y reglas que fijan el compromiso esencial de una sociedad en cuanto a su organización y destino.

Como señala Mauro Capeletti, *“la idea pilar de la justicia constitucional, de que existe una ‘ley superior’ derogable tan sólo por procedimientos especiales y complejos, que vincula incluso al legislador, careciendo, por tanto, de valor y no pudiendo ser aplicada una ley ordinaria que contradiga a dicha ley superior, se repite en numerosas épocas”*<sup>35</sup>. De allí que más allá del clásico precedente del caso Marbury con Madison, fallado por la Suprema Corte de los Estados Unidos, en 1803, suela citarse como pionera la decisión redactada por el juez inglés Sir Edward Coke, en el año 1610, en el denominado caso Bonham<sup>36</sup>.

Seguimos a Mauro Capeletti, asimismo, para distinguir los ámbitos de la justicia constitucional de la **libertad**, cuando se refiere a la defen-

---

<sup>34</sup> Exposición realizada en el Seminario *Constitución, derechos fundamentales y justicia constitucional. ¿Consolidación o reforma?* realizado en la Sala de Lectura del Congreso Nacional, Santiago, 29 de junio de 2011.

<sup>35</sup> CAPELETTI, MAURO. Obras. *La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. Editorial Porrúa, México, 2007, p. 308.

<sup>36</sup> Véase, al efecto, la completa descripción del caso Bonham contenida en el texto del Juez Electoral mexicano, GONZÁLEZ OROPESA, MANUEL. *Constitución y Derechos Humanos. Orígenes del control jurisdiccional*. Editorial Porrúa. México, 2009, pp. 11-22.

sa y promoción de los derechos reconocidos por la Constitución; de la justicia constitucional **orgánica**, para abarcar el pleno respeto de las atribuciones que la Constitución confía a cada órgano y el haz de relaciones funcionales entre ellos; y de la justicia constitucional **transnacional** para referirnos a los procedimientos y organismos derivados del avance del derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en los ordenamientos internos de nuestros Estados.

La justicia constitucional es, entonces, un sistema integrado por diversos órganos del Estado que, desde la perspectiva de sus competencias específicas, contribuyen a resguardar el principio de supremacía constitucional. Su efectivo respeto constituye, por su parte, uno de los pilares fundamentales del funcionamiento del Estado de Derecho por varias razones.

Primero, desde la perspectiva de la separación de funciones del Estado asegurando que los distintos órganos actúen conforme a las atribuciones que la Constitución les ha conferido. Segundo, porque la justicia constitucional contribuye a dar garantía eficaz a los derechos fundamentales por ella asegurados, tanto desde una perspectiva vertical como horizontal. Tercero, porque el sistema de justicia constitucional, que se manifiesta en medida importante, en la labor que despliegan las jurisdicciones constitucionales, representa una expresión del sistema de *checks and balances* o de frenos y contrapesos que caracteriza a nuestros modernos Estados de Derecho.

El propio Kelsen se encargó de desvirtuar cualquier intento de apreciar la tarea de los Tribunales Constitucionales como una infracción al principio de separación de funciones, en cuanto facultados para enmendar sustantivamente la obra del legislador. Manifestó, en este sentido, que: *“La anulación de las leyes por un tribunal puede, pues, interpretarse con igual razón más como un reparto del poder legislativo entre dos órganos que como una intromisión en el poder legislativo (...) Si se quiere mantenerlo en la república democrática sólo puede ser tomado razonablemente (si se acepta la idea) que alude (al) reparto del poder entre órganos diferentes no tanto para aislarlos recíprocamente como para permitir un control recíproco de unos sobre otros”*<sup>37</sup>.

No es del caso entrar aquí a la polémica desarrollada en torno a la idea de que lo afirmado por Kelsen decía relación con Tribunales Constitucionales que actuaban, más bien, como “legisladores negativos”.

---

<sup>37</sup> KELSEN, HANS. “La garantía jurisdiccional de la Constitución”. (Traducción de Domingo García Beláunde. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10, julio-diciembre 2008, p. 25.

Esta realidad habría sido ampliamente superada –se sostiene– por algunas categorías de sentencias constitucionales que exceden aquella caracterización como es el caso de las sentencias interpretativas, las sentencias exhortativas e, incluso, las sentencias manipulativas.

Mi opinión sobre el particular es que la labor de los Tribunales Constitucionales ha excedido con creces la visión originaria de su creador. Pero ello no importa, necesariamente, una infracción al principio de separación de funciones del Estado, pues tiene que ver con la propia naturaleza que ha ido adquiriendo la Constitución de nuestros tiempos y con la necesidad de aceptar que todo poder, incluso, el del legislador –que durante tanto tiempo se concibió como infalible– debe quedar supeditado al escrutinio constitucional. La razón última de esta afirmación se encuentra en la famosa sentencia de Karl Loewenstein en el sentido de que la Constitución es, ante todo, el compromiso que la sociedad ha convenido en cuanto a su organización y desenvolvimiento. Ese compromiso puede, ciertamente, revisarse y también enmendarse, pero mientras ello no ocurra, a través de los procedimientos democráticos que la propia Carta Fundamental ha previsto, no resulta legítimo que los órganos del Estado “acomoden” las prescripciones constitucionales de acuerdo a su propia visión del momento.

No puede, sin embargo, partirse de la base que el legislador ha obrado en un sentido contrario a la Constitución o procurando desnaturalizarla. Al revés, se trata de imaginar la buena fe del legislador<sup>38</sup> y su intención permanente de respetar la supremacía constitucional, por lo que la anulación de su decisión debe convertirse en un recurso extremo, a modo de *ultima ratio*, cuando la inconstitucionalidad se torne evidente. Si, en cambio, es posible concebir una interpretación de la norma aprobada por el legislador o la dictación de una norma complementaria a la sometida a control que permita el pleno respeto del principio de supremacía constitucional, adquiere precisamente importancia aquella dimensión sugerida por Kelsen de la colaboración del Tribunal Constitucional en la obra legislativa.

Seguramente, alguien argüirá que la conclusión precedente no puede tener asidero, porque el legislador y el juez constitucional no se en-

---

<sup>38</sup> La jurisprudencia del Tribunal Constitución ha invocado el principio de presunción de constitucionalidad de la ley, en diversos controles preventivos de constitucionalidad, en los siguientes términos: “*Se presumen válidas y legítimas las normas aprobadas por los Poderes del Estado y sólo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción que la pugna entre la disposición de un proyecto de ley y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella*”. Por ejemplo, en sentencia Rol N° 309, de 4 de agosto de 2000.

cuentran –por decirlo de alguna manera– en un “mismo nivel”. Se trata de la famosa objeción democrática a la que reputados autores como el mismo Capeletti han dedicado tantas páginas y que se traduce en enfrentar la cuestión del poder que les asistiría a los jueces constitucionales para decidir cuestiones de obligatoriedad general sin haber sido elegidos popularmente careciendo, por ende, de legitimidad democrática. Como es fácil constatar, esta crítica revive cada vez que los Tribunales Constitucionales, en cualquier parte del mundo, expiden decisiones que no satisfacen sensibilidades de las mayorías.

Gustavo Zagrebelsky, ex Presidente de la Corte Constitucional de Italia, tiene un criterio muy especial sobre el particular. Sostiene que la labor de los jueces constitucionales es más propia de la república que de la democracia. En sus propias palabras, *“la justicia constitucional es función de la república, no de la democracia, debería abrirse el camino para una nítida distinción de principio respecto a la legislación, función de la democracia. La legislación es función de aquello sobre lo que ‘se vota’ mientras que la justicia constitucional es función de aquello sobre lo que ‘no se vota’ porque es res pública”*<sup>39</sup>.

Con todo, pienso, junto con Víctor Bazán, reputado profesor argentino, que la objeción democrática antes aludida se enfrenta, en medida importante, a través del perfeccionamiento permanente que pueda experimentar el sistema de nombramiento de los jueces constitucionales, a fin de garantizar la idoneidad e independencia de quienes se integran a estas Magistraturas. En este mismo sentido, no participo de la idea de que la solución a la objeción democrática pase por el establecimiento de sistemas de remoción de los jueces constitucionales que queden supeditados a la voluntad de los mismos órganos controlados por estos. Por el contrario, estimo que un sistema de tal naturaleza constituiría un grave atentado contra la independencia del juez constitucional que estaría más preocupado de fallar conforme a los criterios predominantes al interior de esos órganos que de acuerdo a lo que exige la misma Constitución.

Resumiendo esta parte de la presentación podría señalarse que la labor de la justicia constitucional y, en particular, de los Tribunales Constitucionales sigue siendo trascendente en el fortalecimiento de nuestros Estados de Derecho y también del régimen democrático<sup>40</sup> en tres sentidos: Primero, como contralor de los actos del legislador y, en

<sup>39</sup> ZAGREBELSKY, GUSTAVO. “Jueces constitucionales”. En: CARBONELL, MIGUEL (editor). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Editorial Trotta, Madrid, 2007, pp. 101-102.

<sup>40</sup> Véase, en este sentido, NOHLEN, DIETER. “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia”. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 9, enero-junio 2008. Editorial Porrúa, México, 2008,

ciertos casos, del administrador. Segundo, como mecanismo de garantía eficaz de los derechos fundamentales y, tercero, como verdadero árbitro en la solución de conflictos entre los órganos más importantes del Estado.

## **DESAFÍOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO**

Corresponde preguntarnos, ahora, qué desafíos, exigencias o lineamientos se desprenden de los avances que, en las últimas décadas, ha experimentado el derecho constitucional y que están llamados a impactar en la labor que cumple la justicia constitucional y, en particular, las jurisdicciones constitucionales, independientemente de que estén radicadas en un órgano especial, como es el caso de los Tribunales Constitucionales, o en la misma estructura del Poder Judicial, como ocurre con las Salas especializadas de los Tribunales Supremos.

En primer término y, desde el punto de vista de la atmósfera en que se desenvuelve la labor de los Tribunales Constitucionales en nuestros días, no podemos dejar de reconocer que la fórmula del Estado Social de Derecho se ha generalizado. En algunos casos en forma explícita (Constituciones de España, Colombia, Ecuador y Bolivia) y, en otros, en forma implícita (como se ha sostenido respecto de nuestra propia Carta Fundamental). Ello acarrea ciertas consecuencias ineludibles de considerar para los efectos que hoy nos convocan. Desde luego, el fortalecimiento de las Administraciones acompañada de una creciente deslegalización de materias y de diversas críticas a la labor que cumplen los Parlamentos.

En consecuencia, si nuestros Tribunales Constitucionales, creados bajo la pauta del modelo kelseniano, estuvieron prioritariamente llamados a controlar la constitucionalidad de las leyes, hoy es posible avizorar un panorama en el cual esa función tradicional se ve acrecentada por un inusitado aumento del control sobre actos propios de la potestad reglamentaria. Así, los tradicionales debates acerca de la relación entre la reserva legal y la potestad reglamentaria cobrarán un renovado vigor junto con la aceptación o rechazo de nuevas tendencias como aquella que sostiene que la discrecionalidad técnica que ejerce el administrador debe quedar exenta de control.

Por su parte, y pese al fallo de nuestro Tribunal Constitucional en el control preventivo de su propia ley orgánica constitucional, en el año 2009, que declaró la inconstitucionalidad del precepto del proyecto en

cuanto establecía la inadmisibilidad de requerimientos deducidos contra decretos supremos cuando estos suponían una confrontación con la ley que les servía de marco, pienso que el debate acerca de la fuerza de la “ley pantalla” no está del todo concluido. Baste pensar, en este aspecto, que el fallo del Tribunal Constitucional en esta materia no fue unánime y que siempre ha constituido un tema sensible la delimitación entre conflictos de legalidad y conflictos de constitucionalidad siendo sólo estos últimos parte de la competencia de la Magistratura Constitucional.

La difusión –cada vez más generalizada– de la fórmula del Estado Constitucional de Derecho acarrea también otras consecuencias dignas de mencionar. Desde luego, el impulso del valor de la igualdad material frente al de la libertad que fue característico del Estado Liberal de Derecho.

Si a la necesidad de promover la igualdad unimos el reconocimiento creciente de los derechos económicos, sociales y culturales con exigencias de justiciabilidad asociadas a la fuerza normativa directa que hoy tienen nuestras Cartas Fundamentales nos enfrentamos, ciertamente, a un escenario de renovados desafíos para nuestras judicaturas<sup>41</sup>.

Por otro lado, la importancia que ha adquirido la promoción del valor de la igualdad se relaciona con la visibilidad que han adquirido, en nuestras modernas democracias, ciertas expresiones de diversidad asociadas a las minorías étnicas, religiosas o a grupos que reclaman el reconocimiento de la diversidad sexual. El principio tradicional según el cual la igualdad exige tratar del mismo modo a quienes se encuentren en la misma situación y diferente a quienes se encuentren fuera de ella, reclama pronunciamientos vinculados con opciones culturales y valóricas que trascienden el ámbito de lo exclusivamente jurídico. En este mismo sentido, el pluralismo ha sido reivindicado como un valor que marca y orienta el constitucionalismo de nuestros días.

Finalmente, y en relación a este primer desafío que les planteo, la concepción del Estado Social de Derecho de nuestros días supone un nuevo relacionamiento entre el Estado y la Sociedad Civil, donde esta última aparece configurada por ciudadanos que se erigen como “*partners*”, como coproductos, coagentes y copartícipes de la voluntad estatal dejando definitivamente de lado aquella concepción de la ciudadanía asociada a un mero status de derechos conferido unilateralmente por

---

<sup>41</sup> Véase de esta autora: “Aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales por el Tribunal Constitucional chileno”. En: NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (Coordinador). *Dogmática y aplicación de los derechos sociales. Doctrina y jurisprudencia en Chile, Argentina y Perú*. Editorial Librotecnia, Santiago, 2010, pp. 299-318.

el Estado y que se manifestaba en la participación aislada en procesos electorales<sup>42</sup>.

No es extraño, entonces, que nuestros Tribunales Constitucionales pasen a controlar un nuevo cauce legislativo destinado a concretar la participación ciudadana en fórmulas de democracia semidirecta que recuerden cada vez más los postulados de Alexis de Tocqueville en “La democracia en América”.

Especial mención merece, en este punto, el proceso de audiencias públicas desarrolladas en el último tiempo por el Tribunal Constitucional chileno en los procesos de control abstracto de constitucionalidad de ciertas leyes cuyo objeto apunta, precisamente, a considerar los distintos puntos de vista presentes en los sectores de la sociedad civil más vinculados al proceso de que se trata frente a la decisión que el Tribunal debe adoptar. Se trata, sin duda, de un aspecto novedoso, con pocos precedentes similares en el Derecho Comparado, que ha sido calificado como altamente positivo por muchos, pese a introducir una innovación importante en la naturaleza del proceso constitucional que, hasta hoy, sólo involucraba a las personas y órganos legitimados.

Estas novedades influyen, sin duda, en la modulación de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad que tienden a hacerse cargo, de alguna manera, de aspectos evidenciados a lo largo del proceso constitucional y que no coinciden con las alegaciones de las partes en un sentido estricto, a fin de convertirse en considerandos que exhortan al legislador a llenar vacíos o a no dejar de considerar todas las connotaciones en juego.

Permítanme referirme, ahora, a un segundo desafío proveniente del estado actual de evolución del Derecho Constitucional y que se refiere a la naturaleza de la Constitución del siglo XXI.

Creo que ya he aludido a la fuerza normativa directa de la Constitución, esto es, a su carácter de norma jurídica directamente vinculante, lo que obliga al juez constitucional a propiciar interpretaciones que nunca dejen sin efecto una disposición constitucional. Muchas veces, ello supondrá pasar por sobre el desarrollo legislativo que la misma Constitución ha ordenado, pues, claramente, la Ley Suprema no puede quedar supeditada, en su aplicación, a la dictación de ninguna nor-

---

<sup>42</sup> Pueden consultarse, en este sentido: ATTILI CARDAMONE, ANTONELLA. “Ciudadanía, sociedad civil y la redefinición de los espacios públicos”. En: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 126, octubre-diciembre 2004, pp. 131-150; y PEÑA TORRES, MARISOL. “Nuevos desafíos derivados de la ciudadanía”. En: *Revista Chilena de Derecho, Número Especial*, 2008, pp. 217-223.

ma infraconstitucional. Si el juez constitucional debe substituir la expresión de voluntad del legislador que no ha actuado para dar efectiva operatividad a la norma fundamental es evidente que está desarrollando una labor legislativa, lo que, seguramente, será objeto de renovadas críticas.

Un tema aun no resuelto claramente entre nosotros es el de la inconstitucionalidad por omisión del legislador que no opera solamente en caso de no dictarse la norma ordenada sino que, también, en caso de producirse una regulación insuficiente o incompleta por no preverse el financiamiento necesario para que la norma opere en plenitud<sup>43</sup>. Las preguntas que al respecto podemos formularnos son: ¿Qué consecuencias acarrearía la constatación efectuada por el Tribunal Constitucional de la referida omisión y de su consecuente vulneración de la Constitución? ¿Puede ser entendida la sentencia, en este caso, como una especie de “justo título” para perseguir la responsabilidad consiguiente del Estado? Se trata de interrogantes que, sin duda, deberemos abordar más temprano que tarde.

La Constitución de nuestros tiempos es, por otra parte, una norma que algunos califican de “abierta”. Ello puede ser entendido, a mi juicio, en dos sentidos. El primero, referente a la amplia cantidad de conceptos jurídicos indeterminados que la forman obligando a una labor de delimitación permanente de su alcance y contenido. De allí que algunos sostienen que, hoy en día, “*la Constitución es lo que los jueces dicen que es*”. En un segundo sentido, el carácter abierto de la Constitución se relaciona con la necesidad de ir adaptando a las nuevas realidades a fin de evitar los fenómenos de desconstitucionalización o de atrofia de la conciencia constitucional que un cambio constitucional no asumido pueden importar.

Ambos sentidos suponen el ejercicio de una prudencia muy particular en el juez constitucional, pues en este desafío de flexibilización de la norma constitucional, bien podría pasarse a llevar la manifestación de voluntad del Constituyente a través de los canales democráticos establecidos.

Sabido es que la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos resuelve este dilema planteando una permanente conciliación entre la voluntad de los Padres Fundadores y el inevitable cambio constitucional.

---

<sup>43</sup> Puede consultarse de DORN GARRIDO, CARLOS. *La inconstitucionalidad por omisión legislativa*. Editorial Metropolitana, Santiago, 2010, 453 pp. También RISSO FERRAND; MARTÍN. *Derecho Constitucional*, Tomo I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, pp. 207-234.

Bruce Ackerman propone concretamente, para ello, “*un diálogo entre generaciones*”<sup>44</sup>.

A su turno, la naturaleza de la Constitución de nuestros días integrada no sólo por reglas sino que por principios y valores corre el riesgo permanente de fomentar el subjetivismo judicial. ¿De qué principios y valores se trata? Ciertamente, no son los que cada juez constitucional sustente conforme a su propio modelo de vida. ¿Cuáles entonces? La teoría constitucional discurre, en este punto, entre una vuelta al iusnaturalismo y una reafirmación del positivismo que garantizaría mejor la certeza jurídica. Hasta donde conozco, cierta doctrina italiana plantea que la única salida es escuchar la voz del pueblo como depositario de la voluntad Constituyente más allá de la expresión formal de esta voluntad en el texto de la Carta Fundamental<sup>45</sup>. ¿Queda atrás entonces la tesis de Zagrebelsky en cuanto a que la labor del juez constitucional no tiene que ver necesariamente con lo que “se vota” sino que es un asunto de la res pública?

Como tercer desafío les planteo una consecuencia de lo ya señalado: la imprescindible necesidad de especialización del juez constitucional resumido, tal vez, en la sentencia de que “*un juez constitucional no se improvisa*”.

Las propias características que rodean a la Constitución de hoy como las exigencias de interpretación que de ella se derivan imponen una marcada diferencia entre el juez ordinario y el juez constitucional. No pretendo aquí volver sobre la diferencia planteada ya hace tantos años por Carl Schmitt entre uno y otro<sup>46</sup>. Sólo quiero dar cuenta de mi propia experiencia personal y, también, de la de jueces de otras latitudes que han llegado a la judicatura constitucional después de haberse desempeñado como jueces ordinarios.

He dejado para el final –aun cuando siempre podría decirse mucho más– el desafío asociado a la creciente influencia del Derecho Internacional en nuestros ordenamientos jurídicos internos. Me refiero no sólo a la creciente incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en nuestros ordenamientos constitucionales, con distintas fórmulas, sino que, además, al cumplimiento de sentencias provenientes de tribunales internacionales.

---

<sup>44</sup> ACKERMAN, BRUCE. *La Constitución viviente*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 105.

<sup>45</sup> PALOMBELLA, GIANLUIGI. *Constitución y soberanía*. Editorial COMARES, Granada, 2000, pp. 133-140.

<sup>46</sup> SCHMITT, CARL. *La defensa de la Constitución*. Editorial Tecnos, Madrid, 1983, pp. 77-93.

Nadie, en este auditorio, podría sorprenderse si digo que este tema compromete la vigencia del principio de la soberanía del Estado como del principio de autodeterminación de los pueblos.

Por tanto, será necesario preparar criterios interpretativos que muestren nuestra apertura al mundo en esta materia o que, por el contrario, reivindiquen la tesis sustentada por Peter Häberle, de que la Constitución es expresión de la cultura de cada pueblo. Son conocidas, en este sentido, las polémicas vividas al interior de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, por ejemplo, entre el juez Breyer y el juez Scalia respecto de la cita de sentencias de tribunales extranjeros en las decisiones propias de ese tribunal.

Europa tiene, en esta materia, un amplio camino recorrido que podemos mirar. Algunos países latinoamericanos, por su parte, han levantado la tesis del “margen de apreciación nacional” frente al creciente control de convencionalidad que se impone como complemento del control de constitucionalidad<sup>47</sup>. Todo está por decirse en esta materia. No obstante, estimo que es preciso estar conscientes de un desafío que inevitablemente ha de golpear nuestra relación jurídica con el resto del mundo.

---

<sup>47</sup> SAGÜES, NÉSTOR PEDRO. “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. En: *Revista Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1, 2010, pp. 117-136.

# LA IDEA DE LA CONSTITUCIÓN VIVIENTE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL<sup>48</sup>

---

## INTRODUCCIÓN

En una de las últimas entrevistas que concedió en Chile, el profesor y ex miembro del Consejo Constitucional francés, Louis Favoreu, afirmaba que *“todos los países necesitan que su Constitución evolucione (...) progresivamente. Es necesaria una estabilidad, aunque tampoco una absoluta rigidez. En esto un papel importante juegan los tribunales constitucionales al ser los encargados de hacer evolucionar y adaptar la Constitución sin cambios brutales ni radicales”*<sup>49</sup>. El ex magistrado de la Corte Constitucional de Italia, Gustavo Zagrebelsky, ha postulado, en este mismo sentido, que *“la Constitución viviente es la experiencia cotidiana de las cortes”*<sup>50</sup>.

Con estas referencias he querido iniciar la disertación de esta tarde cuyo objeto es demostrar que el Tribunal Constitucional chileno no ha estado ajeno a la tarea de ir dando vida a la Ley Fundamental a partir de una interpretación dinámica que, desde los valores y principios que ella asegura, tienda a ir adaptando a los inevitables cambios que nuestra sociedad va experimentando en forma acorde al desarrollo del constitucionalismo. Ricardo Guastini, profesor de la Universidad de Génova, ha sostenido, en este sentido, que la expresión “Constitución viva” denota *“el modo en que una determinada Constitución escrita es correctamente interpretada y actuada en la realidad política”*<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Texto de la Clase Magistral pronunciada con ocasión de la Inauguración del Año Académico de la Universidad Arturo Prat, Iquique, el 16 de abril de 2010.

<sup>49</sup> *El Mercurio*, 11 de octubre de 1998, p. D 6.

<sup>50</sup> ZAGREBELSKY, GUSTAVO. “Jueces constitucionales”. En: CARBONELL, MIGUEL (ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Editorial Trotta, México, 2007, p. 97.

Pretendo postular aquí una forma de ir fortaleciendo la conciencia constitucional o, más bien, la conciencia sobre el constitucionalismo<sup>52</sup> en nuestro país sobre la base de la percepción –ojalá cada vez más generalizada– de que la Constitución no representa un instrumento pétreo y anclado en el tiempo. Estoy firmemente convencida del rol que ha cumplido y que puede seguir cumpliendo el Tribunal Constitucional en ese sentido.

Inevitable resulta, entonces, referirse, en primer lugar, a la noción de “Constitución viviente” y a los peligros que también encierra una comprensión demasiado extrema de ese concepto.

### **LA IDEA DE UNA CONSTITUCIÓN “VIVIENTE” Y LOS LÍMITES QUE SE DERIVAN PARA EL JUEZ CONSTITUCIONAL**

Es obvio que detrás de la idea de la “Constitución viviente” se encuentra la del “cambio”. Toda sociedad cambia, no sólo desde el punto de vista de sus componentes o de su organización para proyectarse hacia el futuro, sino que, también desde el punto de vista de sus creencias y valores, influida, en gran medida, por las lecciones de la experiencia como por los nuevos desafíos que impone el proceso de globalización.

Desde esta perspectiva es necesario concordar con quienes, como Gustavo Zagrebelsky y Miguel Carbonell, postulan que “*la Constitución de nuestros días es, a la vez, pasado, presente y futuro*”<sup>53</sup>. La idea del cambio está asociada tanto al presente como al futuro de la Constitución.

Al presente, porque no caben dudas que los vertiginosos tiempos que vivimos, atravesados por las dinámicas propias de la globalización, imponen nuevas exigencias asociadas, por ejemplo, al fortalecimiento del derecho a la privacidad frente a la proliferación de comunicaciones que se realizan a través de espacios virtuales que exceden las fronteras geográficas del Estado. En esa misma óptica, los Estados se han visto compelidos a modificar sus Constituciones para permitir la transferencia de potestades soberanas a entidades supranacionales de cara al avance de

---

<sup>51</sup> GUASTINI, RICARDO. “Sobre el concepto de Constitución”. En: CARBONELL, MIGUEL (ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Editorial Trotta, México, 2007, p. 27.

<sup>52</sup> FERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL. “La conciencia constitucional y su aplicación al caso chileno”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 19, N° 3, p. 462.

<sup>53</sup> CARBONELL, MIGUEL. *La Constitución en el tiempo: una nota*. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1627/9.pdf> (consultado el 10 de abril de 2010).

los procesos de integración como a la conciencia generalizada de la necesidad de defender los derechos de la persona frente a atropellos que lesionan su dignidad sustancial.

Desde una óptica de futuro, la Constitución debe ser capaz de irse anticipando a las nuevas realidades derivadas del mayor reconocimiento de las particularidades que la globalización va estimulando como ocurre con el auge de los nacionalismos y con el reconocimiento de los grupos étnicos. Asimismo, la creciente importancia de la sociedad civil que demanda un rol activo, como “*partner*” del Estado, en la definición y destino de los asuntos públicos, exigirá revisar la noción clásica de ciudadanía que contemplan hasta hoy nuestras Cartas Fundamentales así como pensar en nuevas fórmulas de democracia semidirecta que complementen nuestras democracias representativas tradicionales.

Así, podría decirse que el gran desafío que toda Constitución enfrenta no se reduce solamente a reflejar el compromiso en torno al ideal de organización de una sociedad en un momento histórico determinado, sino que abarca, también, su capacidad de proyectarse hacia el futuro.

En cuanto a la forma como una Constitución puede ir cumpliendo esta última parte del desafío –la capacidad de proyectarse hacia el futuro–, la teoría constitucional ha entregado, tradicionalmente, dos respuestas: la de la reforma constitucional y la de la mutación constitucional.

La reforma constitucional implica el cambio o modificación de las cláusulas contenidas en la Constitución mediante el ejercicio del Poder Constituyente derivado, esto es, a través del procedimiento de reforma que la propia Carta ha previsto para su modificación. Este procedimiento, usualmente, consulta mayorías más elevadas que aquéllas que se exigen para la aprobación de la ley, e incluso, la intervención directa del cuerpo electoral para ratificar lo obrado por los representantes en este sentido.

Por su propia naturaleza, la reforma constitucional siempre tensiona al sistema político desde el momento que supone reabrir el debate en torno al compromiso ideal de organización de la sociedad plasmado en la Constitución. Basta pensar, por ejemplo, en que en la última gran reforma introducida a la Carta de 1980 –que es la del año 2005–, se produjo un intenso intercambio de puntos de vista en torno a la sustitución del sistema electoral mayoritario y binominal existente hasta el momento por uno de carácter proporcional. Finalmente, y después de 5 años de desencuentros, la decisión se dejó confiada a la ley<sup>54</sup> revelando la falta de consenso en la materia.

---

<sup>54</sup> El inciso segundo de la disposición decimotercera transitoria de la Constitución precisa que: “*Las modificaciones a la referida Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones*

Por lo afirmado, puede sostenerse que no resulta aconsejable someter a la Constitución a continuas y permanentes reformas que lesionen su estabilidad y, por ende, la del mismo sistema político.

Debe pensarse, más bien, que la propia estructura de la Constitución, constituida básicamente por cláusulas abiertas o por conceptos jurídicos indeterminados, permite propiciar una interpretación abierta de las mismas sin necesidad de activar el procedimiento de reforma constitucional. Como sostiene Sergio Tamayo, todas las definiciones de los conceptos jurídicos indeterminados tienen algo en común: *“concluyen que los CJI son conceptos que necesitan de la interpretación del juez para ser concretizados”*<sup>55</sup>.

La segunda forma de conciliar la Constitución con el indispensable cambio que la sociedad va experimentando corresponde a la mutación constitucional que se identifica con aquellas nuevas interpretaciones que van modificando la literalidad de una norma constitucional o el sentido con que ella ha sido entendida tradicionalmente sin que este proceso se traduzca, necesariamente, en una reforma constitucional. Aquí es donde propiamente se instala, a mi juicio, la idea de una Constitución abierta en el sentido que ya, hace años atrás, planteara el ilustre tratadista alemán, Hermann Heller, cuando sostenía que: *“La constitución de un Estado coincide con su organización en cuanto ésta significa la constitución producida mediante actividad humana consciente y sólo ella. Ambas se refieren a la forma o estructura de una situación política real que se renueva constantemente mediante actos de voluntad humana”*<sup>56</sup>.

La forma de aprobación de los tratados internacionales por el Congreso Nacional que hoy se encuentra vigente en el artículo 54 N° 1) de la Carta Fundamental obedece, precisamente, a una mutación constitucional, originada en la forma que el Tribunal Constitucional entendió la exigencia de que los tratados debían someterse a los mismos *“trámites de una ley”*. La interpretación originada, primero, en algunos votos de minoría y que, luego, fue ampliamente aceptada en el fallo recaído en el requerimiento destinado a impugnar la constitucionalidad del Convenio N° 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes<sup>57</sup>, llevó a propiciar que el tratado debía ser aprobado, en

---

*Populares y Escrutinios que digan relación con el número de senadores, las circunscripciones existentes y el sistema electoral vigente, requerirán del voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio”.*

<sup>55</sup> TAMAYO YAÑEZ, SERGIO. *Conceptos jurídicos indeterminados e interpretación constitucional*. Ara Editores, Lima, 2009, p. 41.

<sup>56</sup> HELLER, HERMANN. *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 1955, pp. 267 y 268.

<sup>57</sup> Rol N° 309.

cada Cámara, con los quórum que correspondiesen, atendido el hecho de que, dentro de un tratado, pueden identificarse normas de distintas naturaleza: propias de ley orgánica constitucional, de ley de quórum calificado o de ley simple. Esta modificación impulsada por el Tribunal Constitucional fue incorporada formalmente a la Constitución en la reforma constitucional de 2005 materializada por la Ley N° 20.050.

Ahora bien, la relación entre Constitución y cambio social no se encontraría suficientemente abordada si no se tuviera presente que la modificación de la Carta Fundamental no sólo debe servir para acoger los nuevos desafíos sino que, también, para profundizar y reforzar las lecciones del pasado. Aquí aparece, entonces, la otra dimensión de que nos hablaba Carbonell: la Constitución no sólo representa el presente y se abre al futuro, sino que debe ser capaz también de recoger las experiencias del pasado, aquellos elementos que forman parte del ethos social, por haberse incorporado ya a la cultura. De allí que el gran constitucionalista alemán Peter Häberle sostenga que *“la Constitución no es sólo un texto jurídico o un código normativo, sino también la expresión de un nivel de desarrollo cultural, instrumento de representación cultural autónoma de un pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de nuevas esperanzas”*<sup>58</sup>.

Así, nuestra propia Constitución contiene elementos que, sin duda, son un claro reflejo del pasado: a) la clara reafirmación de la forma unitaria de Estado, aunque con una creciente tendencia hacia la descentralización, que destierre intentos de federalismo como el de 1826; b) el imperio de un modelo presidencial de gobierno que sea capaz de traducir el ideal portaliano del gobierno fuerte e impersonal, por sobre las divisiones e inestabilidad asociadas al modelo parlamentario que se aplicó durante el siglo XIX y comienzos del XX; c) el refuerzo de los mecanismos de control, específicamente en la óptica de los *checks and balances*, que arrojó el diagnóstico de la crisis institucional enfrentada por Chile a comienzos de la década de los años setenta. En fin, el compromiso por la democracia en su más auténtico sentido y de conformidad con los parámetros que hoy se consignan en la Carta Democrática Interamericana de la OEA del año 2002.

En algunos países del mundo, como Alemania, esta tendencia a acoger las lecciones del pasado a través de determinadas cláusulas constitucionales ha llevado, incluso, a plantear su inmodificabilidad. Se trata de cláusulas pétreas, no susceptibles de modificación constitucional como

<sup>58</sup> HÄBERLE, PETER. *Constitución como cultura*. (Traducción de Ana María Montoya). Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 71 y 72.

aquella que se contiene, por ejemplo, en el artículo 79 (3) de la Ley Fundamental de Bonn, que contempla la estructura federal del Estado alemán<sup>59</sup>.

Con todo, y aunque una Constitución no contemple cláusulas pétreas, siempre estará abierto el debate tendiente a identificar un núcleo o mínimo inmodificable, ni siquiera a través del procedimiento de reforma constitucional, en la medida que se entienda que dicha modificación va contra “el alma” de la Constitución identificada con rasgos esenciales de la cultura de la sociedad a la que está llamada a regir. Ricardo Guastini nos dice, en este sentido, que:

*“Una cosa es revisar la Constitución existente (en sus normas de detalle) sin alterar la identidad material o axiológica, y otra cuestión es modificar el “espíritu” de la Constitución existente, o sea, alterar, perturbar o subvertir los valores ético-políticos que la caracterizan.*

*Una cosa es la simple reforma constitucional, y otra –aunque sea enmascarada– es la instauración de una nueva Constitución. Una cosa es el ejercicio del poder constituido (el poder de reforma), y otra es el ejercicio del poder constituyente.*

*Reforma e instauración constitucional se distinguen, entonces, no bajo un perfil formal –por el hecho de que una adviene en forma legal y otra de forma ilegal, extra ordinem– sino bajo el perfil sustancial: es una reforma toda modificación marginal, es instauración toda alteración –aunque legal– de la identidad axiológica de la Constitución”<sup>60</sup>.*

Este problema no es, ciertamente, de exclusivo carácter teórico. Ha llevado a la doctrina a plantearse la posibilidad de reformas constitucionales “inconstitucionales”, pues algunos países, como Perú, han debido enfrentarse a ellas.

De lo dicho hasta aquí, podría afirmarse que si bien el juez constitucional está obligado a favorecer una interpretación de la Constitución que refuerce su característica de ser un instrumento “vivo”, dicha labor no puede, sin embargo, importar una autorización ilimitada.

Queda claro, en efecto, que el juez constitucional no puede substituir al Poder Constituyente. Ello conduce a rechazar la interpretación *contra legem*, o sea, aquella que, claramente, va contra el texto expreso de la

<sup>59</sup> El artículo 79 (3) de la Ley Fundamental de Bonn prescribe que: “No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecta la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20”.

<sup>60</sup> GUASTINI. Ob. Cit., pp. 24-25.

Constitución como si, en un sistema de potestades expresas y no implícitas, como el que se deriva del artículo 7°, inciso segundo, se pretendiera ampliar el haz de competencias conferido a un determinado órgano del Estado por la propia Constitución o por la ley.

Entra a jugar aquí el *self restraint* o autolimitación que el juez constitucional debe imprimirle a su labor por muy creativa que se pretenda que sea.

Pero, además, el juez constitucional está llamado a respetar “el espíritu” de la Constitución que, en nuestro caso, se concentra, fundamentalmente, en las disposiciones de su Capítulo I, que conforman el núcleo de valores y principios que orientan su propia interpretación, así como la del resto del ordenamiento jurídico todo.

Nuestro Tribunal Constitucional ha expresado, en este sentido, que “*el contenido del artículo 19 de la Carta Fundamental, conjuntamente con sus artículos 1°, 4° y 5°, inciso segundo, de la misma configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana, a su dignidad y libertad natural (...)*”. Agregó, más adelante, que “*debe desecharse toda interpretación de las normas constitucionales que resulte contradictoria con los aludidos principios y valores rectores de la Carta Suprema*”<sup>61</sup>.

No puede desconocerse que, a veces, el juez constitucional experimenta un verdadero dilema: ser fiel a la Constitución y a su espíritu o ceder a la tentación de seguir la coyuntura esencialmente cambiante de la sociedad. El profesor Zagrebelsky cita una antigua sentencia del juez Robert Jackson de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el caso del saludo obligatorio a la bandera, en 1943, para reafirmar su tesis de que “la justicia constitucional es función de la república, no de la democracia”. Dijo el juez Jackson:

*“El auténtico propósito de una (constitución) (...) es el de sustraer ciertas materias a las vicisitudes de las controversias políticas, colocarlas fuera del alcance de mayorías y funcionarios, sancionarlas como principios legales aplicables por parte de los tribunales. El derecho de cada uno a la vida, la libertad, la propiedad, la libertad de expresión, la libertad de imprenta, la libertad de culto y de reunión y los demás derechos fundamentales no puede ser sometido al voto; no depende del éxito de alguna votación”*<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Sentencia Rol N° 943, considerandos 30° y 32°.

<sup>62</sup> ZAGREBELSKY. Ob. Cit., p. 101.

De allí que el propio profesor Zagrebelsky concluye que la justicia constitucional es una cuestión más atingente a la república que a la democracia<sup>63</sup>.

Consciente de no haber agotado la riqueza de la idea de Constitución “viviente”, veamos si es posible encontrar algunos ejemplos de jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional que se acerquen a esa noción.

## **JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE APLICA LA IDEA DE LA CONSTITUCIÓN “VIVIENTE”**

Lo que me pongo demostrar, a continuación, es que varias tendencias jurisprudenciales, emanadas del Tribunal Constitucional han contribuido a ir haciendo realidad la idea de una Constitución “viviente” que es capaz de adaptarse a los grandes cambios que la evolución del constitucionalismo ha traído consigo, así como a las transformaciones que la propia sociedad ha ido experimentando.

Entre dichas tendencias podemos distinguir las siguientes:

### **1. EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS “IMPLÍCITOS” EN LA CONSTITUCIÓN**

La posibilidad de reconocer y de identificar derechos fundamentales que se desprenden de los enunciados de aquellos que ya están consagrados expresamente en la Constitución o que suponeN enriquecer el contenido normativo de éstos pasa, necesariamente, por el rechazo a una interpretación meramente exegética o literal de la Carta Fundamental.

En este sentido, conviene recordar que nuestro Tribunal Constitucional ha afirmado que la interpretación de la Constitución, atendida su particular naturaleza, importa acogerse a reglas especiales de interpretación que tengan en cuenta su carácter de “super ley” o de “ley fundamental”, lo que marca una diferencia sustancial con las leyes ordinarias. Desde esa perspectiva, ha afirmado que *“aunque resulte obvio decirlo, la Carta Fundamental en virtud del principio de jerarquía normativa está por sobre*

---

<sup>63</sup> Ibidem.

las disposiciones de interpretación de las leyes establecidas en el Código Civil”<sup>64</sup>. No debemos olvidar que la primera de las reglas contenidas en el artículo 19, inciso primero<sup>65</sup>, del Código Civil es la regla de la interpretación literal.

Más bien, el Tribunal Constitucional ha impulsado, con vigor, el criterio hermenéutico de la “unidad de la Constitución”, según el cual ésta es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia algún precepto de ella<sup>66</sup>.

Si a dicho criterio unimos el de la interpretación axiológica que privilegia una idea de la Constitución basada en ciertos valores y principios, que parten del reconocimiento de la dignidad humana y que, a partir de éste, entienden la consagración de derechos fundamentales, no resulta extraño que la interpretación que el Tribunal ha venido favoreciendo de estos últimos sea de carácter abierto mostrándose dispuesto a reconocer, en ciertos casos, derechos implícitos.

Entre nosotros, el profesor Humberto Nogueira ha señalado que “los derechos fundamentales en cuanto tienen su fuente en la dignidad humana y en cuanto buscan el libre desarrollo de la persona, exigen del ordenamiento jurídico positivo su protección y garantía. De hecho, puede reconocerse la existencia de derechos fundamentales implícitos o de derechos que serán reconocidos en el futuro como tales, dadas las nuevas realidades del desarrollo de la existencia humana y de nuevos contextos de las sociedades políticas futuras”<sup>67</sup>.

El Tribunal Constitucional, en sentencia de 30 de octubre de 1995<sup>68</sup>, sostuvo, entretanto, que: “(...) la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional,. A menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales”. Agregó que “esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional” (considerando 25°).

<sup>64</sup> Rol N° 325.

<sup>65</sup> “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”.

<sup>66</sup> VALENZUELA SOMARRIVA, EUGENIO. “Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional”. *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 31, 2006, p. 24 y ss.

<sup>67</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”. En: *Revista Ius et Praxis*, 13 (2), Universidad de Talca, 2007, pp. 245-285.

<sup>68</sup> Rol N° 226.

Consecuente con esas afirmaciones, en sentencia de 9 de agosto de 2007<sup>69</sup>, el Tribunal sostuvo que “*el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma explícita– como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía*”. Lo anterior, después de haber declarado que “*el derecho de acceder a las informaciones que obran en poder de los órganos del Estado forma parte de la libertad de expresión (...) consagrada en el artículo 19 N° 12 de la Carta Fundamental (...)*” (considerando 9°).

Por su parte, en sentencia de 13 de mayo de 2008<sup>70</sup>, se afirmó algo similar, aunque referido al derecho a la identidad personal. Allí se dijo que: “*(...) aun cuando la Constitución chilena no lo reconozca expresamente en su texto, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección. Lo anterior, precisamente, por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque tampoco puede desconocerse que él sí se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país (...)*”<sup>71</sup>.

## 2. EL RECONOCIMIENTO DEL EFECTO HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Probablemente, uno de los cambios más notables que se han producido en el último tiempo, en lo que se refiere a la obligatoriedad directa de la Constitución tanto para gobernantes como para gobernados<sup>72</sup>, es el reconocimiento de que la infracción de la Carta Fundamental puede provenir ya no sólo de los órganos investidos de autoridad, sino que de los propios particulares.

La Constitución se ha erigido, así, en un instrumento de protección de los derechos de las personas no sólo en sus relaciones con los órganos del Estado (“efecto vertical”), sino que, también, en sus relaciones con otros particulares (“efecto horizontal”). Como ha sostenido el profesor Pablo Contreras, “*concebir que los derechos fundamentales son aplicables en las relaciones entre particulares supone girar el eje de la relación –y del poder,*

<sup>69</sup> Rol N° 634.

<sup>70</sup> Rol N° 834.

<sup>71</sup> Considerando 22°.

<sup>72</sup> El artículo 6°, inciso segundo, de la Constitución Política precisa que: “*Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo*”.

*en consecuencia— hacia un esquema horizontal, es decir, entre ciudadanos que se ubican en un plano de igualdad jurídica, mas no fáctica*”<sup>73</sup>.

Dicho, en otros términos, la Constitución ha dejado de ser solamente un instrumento destinado a controlar el ejercicio del poder para constituirse en el gran escudo protector de los derechos fundamentales, tanto respecto de los órganos de autoridad como de cualquier particular.

El Tribunal Constitucional chileno se ha hecho cargo de este cambio en la percepción de los derechos fundamentales y de su exigibilidad a través de varias sentencias que declaran inaplicables preceptos legales involucrados en relaciones entre privados.

Entre dichos casos, puede recordarse aquí la sentencia que declaró la inaplicabilidad del artículo 2331 del Código Civil, relativo a las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona que sólo dan derecho a demandar indemnización pecuniaria cuando se pruebe el año emergente o el lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero, pero no el daño moral. La situación afectaba a un abogado que había sido excluido, de hecho, como socio de un prestigioso estudio jurídico, lo que —según sostuvo— había afectado su honor, su intimidad y sus derechos como abogado en las relaciones con sus clientes.

El Tribunal Constitucional estimó, en su sentencia de 10 de junio de 2008<sup>74</sup>, que si se aplicaba dicha norma a la gestión judicial pendiente, se produciría, como efecto natural, privar a los atentados a la honra que no constituyan delitos específicos, de la protección de la ley, por lo que no resultaba ajustado a la Constitución, excluir la posibilidad de indemnización del daño moral, que es naturalmente el producido por esta clase de atentados y, ordinariamente, el único (considerando 37°).

En un sentido similar, en la ya conocida sentencia sobre el “caso Isapres”, que correspondió al primer requerimiento de inaplicabilidad referido al artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 o Ley de Isapres<sup>75</sup>, nuestra Magistratura llegó a afirmar que las relaciones contractuales convenidas entre privados deben ajustarse a la Constitución. Así expresó que: *“El efecto de irradiación del texto, contexto y espíritu de la Constitución en el contrato celebrado entre la requirente y requerida en el caso concreto y singular sub lite significa que, tanto las normas legales como las administrativas o las estipulaciones contractuales, tienen que ser interpretadas y llevadas a la práctica en armonía con*

---

<sup>73</sup> CONTRERAS, PABLO. *Poder privado y derechos*. Ediciones Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2009, p. 36.

<sup>74</sup> Rol N° 943.

<sup>75</sup> Rol N° 976.

*el reconocimiento y tutela del derecho a la protección de la salud, asegurados en aquella” (considerando 56°).*

### 3. LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

En sociedades como las latinoamericanas, la plena justiciabilidad de los derechos sociales se ha constituido no sólo en una necesidad jurídica sino que en un imperativo ético como una forma de colaborar en la disminución de las brechas que fracturan la sociedad y que afectan especialmente a los grupos más vulnerables.

Tradicionalmente, se dijo, no obstante, que los derechos sociales –que pertenecen a la segunda generación de derechos fundamentales, posterior al reconocimiento de los derechos civiles y políticos– estaban subordinados, en su plena aplicación, a la capacidad económica del Estado, por lo que, más bien, tenían el carácter de derechos de prestación. Bajo esta perspectiva, el derecho a la salud, a la vivienda, a la seguridad social o al agua, solían mantenerse como disposiciones programáticas dispersas en el texto de nuestras Constituciones constituyéndose en una excepción a la fuerza normativa directa de éstas que supone, precisamente, que ninguna de sus disposiciones quede sin aplicación, ya sea por falta de desarrollo legislativo o de recursos necesarios para hacer realidad el respectivo derecho.

Bajo este panorama puede comprenderse cuán importante resulta el accionar de los tribunales y, especialmente, de las Cortes Constitucionales sentando criterios que brinden efectiva protección al ejercicio de estos derechos.

En el caso Peña Wasaff<sup>76</sup>, nuestro Tribunal Constitucional se vio enfrentado por primera vez, en sede de inaplicabilidad, a la necesidad de caracterizar los derechos sociales y de vincularlos a la fuerza normativa directa de la Constitución para brindar una solución de justicia en el caso concreto.

Como ya había recordado, se trató de decidir la inaplicabilidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres por haber permitido su aplicación el alza del precio del plan de salud en base a criterios vinculados a la edad de la persona afiliada.

De ese fallo rescatamos, en primer lugar, la concepción sobre los derechos sociales cuando señala que: *“resulta ineludible desvanecer la tesis contraria a que los derechos sociales sean realmente tales, aseverando que (...) poner en*

---

<sup>76</sup> Ibidem.

duda su “practicabilidad” de realización, es una idea confusa, porque esa “reserva de lo posible” lleva a sostener que la Constitución ha de ser ‘desactivada’, a causa de la imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización” (considerando 27°). Con esa fundamentación es que caracteriza al derecho a la protección de la salud como un derecho social (considerando 29°).

Por ello es que termina sosteniendo que, en el ejercicio de las facultades que le confiere la Ley N° 18.933, la Isapre “debe observar, entre otros atributos afines asegurados a la requirente, el derecho a la libre elección del sistema de salud, público o privado, al que ella resuelva acogerse. Esta obligación implica que, durante la vigencia del contrato pertinente, el afiliado no sufre cambios unilateralmente decididos en las estipulaciones pactadas, al punto que impidan al cotizante perseverar en él, darle término, optar por otra Isapre o trasladarse de sistema” (considerando 54°).

La sentencia que les comento es un fallo muy dividido. Fue adoptado por cinco votos contra cuatro, lo cual refleja, naturalmente, que sobre estas materias no hay unanimidad al interior del Tribunal Constitucional. Sin embargo, la tendencia del fallo –o de lo que algunos llamarían el “voto de mayoría”– se ha seguido reproduciendo en dos casos más<sup>77</sup> que ya se encuentran sentenciados, sin perjuicio del casi centenar de causas que se encuentran en estado de tramitación por el mismo tipo de impugnación<sup>78</sup>.

#### 4. VALORES SOCIALES VERSUS DERECHOS INDIVIDUALES

Existe, ya al final de nuestro análisis de hoy, un grupo de sentencias que han ido mostrando un cambio muy interesante en materia de limitaciones a los derechos fundamentales producto de la importancia progresiva que ha adquirido la necesidad de proveer, diligentemente, a la satisfacción de necesidades básicas de la población o de asegurar objetivos de política criminal que tornen más eficaz el anhelo social de prevenir y de sancionar determinadas conductas delictivas. Se trata de valores sociales que, en un momento histórico determinado, van cobrando creciente importancia y que justifica, razonablemente, que el legislador imponga límites a ciertos derechos fundamentales.

<sup>77</sup> Roles N°s. 1287 y 1218.

<sup>78</sup> En definitiva, y por sentencia Rol N° 1.710, de 2010, se declaró la inconstitucionalidad de cuatro numerales del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley de Isapres produciendo, como consecuencia, su expulsión del ordenamiento jurídico.

Un primer caso, en este sentido, fue fallado por sentencia de 6 de marzo de 2007<sup>79</sup>, con ocasión de la solicitud de inaplicabilidad del artículo 3° transitorio de la Ley General de Servicios Eléctricos, en relación con un juicio arbitral en que se demandaba el pago de determinados peajes por concepto de transmisión de electricidad. El Tribunal Constitucional decidió, en esa oportunidad, que era justificado que el legislador estableciera un sistema de tarificación que facultara a la autoridad para fijar el valor del peaje por el uso de las instalaciones de transmisión troncal para favorecer a la población usuaria de los sistemas eléctricos, lo que constituía una razón de utilidad pública. Por lo tanto, si el legislador había restringido la autonomía de la voluntad de las partes para fijar precios lo hacía considerando que ello era necesario para la seguridad y confiabilidad del suministro de energía eléctrica, como para evitar alzas innecesarias en dicho servicio (considerando 31).

Otra decisión basada en motivaciones similares se contiene en la sentencia de 8 de abril de este año<sup>80</sup>, originada en la acción de inaplicabilidad de diversos preceptos contenidos en la Ley N° 19.970, que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN y que obligaba, en este caso, a que una persona condenada por delitos de homicidio frustrado y de incendio, se tomara una muestra biológica para ser incorporada al Registro de Condenados. Para fundamentar el rechazo de dicha acción, el Tribunal sostuvo, entre otras consideraciones, que “(...) *por razones de política criminal, al Estado le interesa prevenir y sancionar, con particular energía, ese tipo de delitos (aquellos a que se refiere el artículo 17 de la Ley N° 19.970) atendida su gravedad. Con mayor razón, si uno de los deberes que la Constitución impone al Estado es dar protección a la población y a la familia (artículo 1°, inciso final)*” (considerando 32°).

## PALABRAS FINALES

Siempre será posible decir, después de lo que hemos planteado, que existen necesidades o requerimientos sociales de los que la jurisprudencia constitucional no se ha hecho cargo y que, por ende, permanecen pendientes.

Sin embargo, justo es reconocer que en los ejemplos que les he referido hay un esfuerzo en esa dirección. Tales esfuerzos, como todo cambio de mentalidades, se impone lenta y cautamente, sobre todo en un tri-

---

<sup>79</sup> Rol N° 505.

<sup>80</sup> Rol N° 1.365.

bunal como el nuestro, que está compuesto de diez visiones diferentes sobre el derecho que impactan en el rol que éste va cumpliendo frente al cambio que la sociedad va experimentando.

Con todo, es evidente que los temas nuevos son los que desafían particularmente las destrezas y las capacidades del juez constitucional comprometiendo el sentido más profundo de nuestra tarea de defensa de la supremacía de la Constitución.



# LOS DILEMAS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL<sup>81</sup>

---

Cada cierto tiempo se nos vuelve a recordar que “*los jueces hablan a través de sus fallos*”. No obstante, a veces, la interpretación que fluye de una decisión judicial suele ser tan equivocada que bien vale la pena conocer, de boca de los propios protagonistas, las razones que animan la “*ratio decidendi*” de una sentencia.

La reciente decisión del Tribunal Constitucional en el requerimiento deducido por el Presidente de la República frente a la ampliación del permiso post natal y el tope del subsidio destinado a financiarlo ha sido vista como un triunfo del Gobierno frente al Senado sin auscultar, debidamente, las verdaderas razones que inspiran esa decisión. Así, y sin perjuicio de que el texto de la sentencia se dará a conocer en unos días más, resulta conveniente reflexionar acerca de los dilemas que enfrenta la justicia constitucional en casos como el señalado.

La creciente importancia que fueron adquiriendo las jurisdicciones constitucionales a partir de su creación, a comienzos del siglo XX, fue despertando un debate muy interesante acerca de su verdadera naturaleza. Desde que Kelsen afirmara que los Tribunales Constitucionales no constituyen propiamente un tribunal, muchos han querido plantear su postura acerca de si ellos tienen una naturaleza jurídica o política.

Lo que resulta claro es que las materias que suelen someterse a los Tribunales Constitucionales, muchas veces, dicen relación con aspectos esenciales del proceso de toma de decisiones públicas. Así, políticas de Estado y medidas gubernamentales específicas han sido sometidas al escrutinio de dichas Magistraturas. Desde ese punto de vista no cabe duda

---

<sup>81</sup> Artículo publicado en la página web de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile el 22 de julio de 2011.

de que las jurisdicciones constitucionales dictan fallos jurídicos, pero cuyos efectos están llamados a incidir en aspectos cruciales del ejercicio del poder del Estado.

Los aludidos efectos se producen cuando una sentencia constitucional ejerce su tarea de brindar protección efectiva a los derechos fundamentales que se han convertido en la columna vertebral del ordenamiento jurídico vigente. Pero, probablemente, esos efectos tienen mucho más resonancia cuando los Tribunales Constitucionales ejercen su rol de resolver conflictos entre los órganos del Estado. En estos casos, la sentencia constitucional suele ser interpretada como un triunfo de un poder del Estado sobre el otro o, al menos, como una redefinición del equilibrio de funciones dentro del Estado.

Lo que pocas veces suele decirse es que el gran triunfador, en dichas situaciones, ha sido el Estado Democrático y Constitucional de Derecho y, especialmente, la propia Constitución.

Lo anterior ocurre porque en situaciones como aquellas que enfrentan al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, el único gran dilema que tienen los jueces constitucionales consiste en determinar cómo dar efectiva aplicación a la Carta Fundamental, independientemente de que, desde una perspectiva personal, estén convencidos de que existe una mejor regulación que la vigente. Por ello, este tipo de decisiones suelen reflejar una fuerte división al interior del Tribunal, la que aleja el anhelado consenso por el que aboga el ex Presidente de la Corte Constitucional del Italia, Gustavo Zagrebelsky.

El mismo Zagrebelsky ha dicho que los dilemas de la justicia constitucional no tienen que ver con lo que “se vota”, sino con aquello que es permanente dentro de una república.

Y es que la inclinación a cambiar la Constitución a través de las sentencias puede constituirse en una gran tentación. Sin embargo, es evidente que si el juez constitucional sucumbe a ella, estará sustituyéndose al Poder Constituyente derivado, al único que, por mandato de la misma Constitución, debe resolver la modificación de sus disposiciones. Si la decisión de los Tribunales Constitucionales pasara por alto esta limitación no sólo estaría lesionando la esencia del principio democrático, sino que el propio principio de clausura del derecho público, según el cual *“ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”* (artículo 7º, inciso segundo, de la Constitución).

Distinto es que, a partir de lo que dispone la Constitución vigente, el juez constitucional vaya contribuyendo a consolidar el concepto de “Constitución viviente”, clarificando el sentido de una determinada disposición o potenciando el alcance y significado de los derechos fundamentales por ella consagrados. Al proceder de esa forma, está haciendo honor al apelativo de “supremo intérprete de la Constitución”, pero no sustituye al Poder Constituyente.

Hay, pues, una diferencia más que sutil entre ambos procederes.

Tal vez, estas reflexiones no ayuden a responder si las jurisdicciones constitucionales son órganos “políticos” o “jurídicos”, pero, al menos, confiamos en que puedan ayudar a entender cómo funciona el “*self restraint*” que pesa sobre los jueces que las integran.



# LAS AUDIENCIAS PÚBLICAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY: LA EXPERIENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE<sup>82</sup>

---

## I. EL PROCEDIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY: LA ATRIBUCIÓN MÁS VIGOROSA DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES

### INTRODUCCIÓN

Los procesos desarrollados por los Tribunales o Cortes Constitucionales persiguen asegurar la plena vigencia del principio de la supremacía de la Constitución así como de los derechos fundamentales en ella consagrados<sup>83</sup>. Además, a los Tribunales o Cortes Constitucionales suele conferirse la resolución de conflictos entre distintos órganos del Estado.

---

<sup>82</sup> Ponencia presentada en la Segundo Congreso de la *Conferencia Mundial de Justicia Constitucional* realizada en Río de Janeiro, en enero de 2011. Se agradece la importante colaboración del Relator del Tribunal Constitucional, señor Sebastián López Magnasco.

<sup>83</sup> La Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional español prescribe, en su artículo 27.1 que: “Mediante los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad regulados en este Título, el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las Leyes, disposiciones o actos impugnados”. Por su parte, el artículo 41.2, referido al amparo constitucional señala que: “El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta Ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes”. El Código Procesal Constitucional del Perú (aprobado por Ley N° 28.237) indica, en su Título Preliminar, aludiendo a los “Fines de los Procesos Constitucionales” que: “Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”.

En el caso del Tribunal Constitucional de Chile, esta última función tuvo especial importancia cuando este órgano se instituye, por primera vez, mediante la reforma constitucional del año 1970. Como sostiene el primer Presidente de nuestra Magistratura, Enrique Silva Cimma, la idea de establecer un Tribunal Constitucional en Chile se genera como consecuencia de las dificultades surgidas entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional con ocasión de la reforma constitucional promovida al derecho de propiedad en el año 1966. A juicio del profesor Silva Cimma, *“los hechos demostraron la necesidad manifiesta de crear un Organismo que, con carácter jurisdiccional, se abocara a la solución de conflictos jurídico-institucionales entre el Ejecutivo y el Congreso (...)”*. Con ese objeto, el 17 de enero de 1969, el Presidente Frei envió al Senado un nuevo proyecto de reforma constitucional, en el que específicamente contemplaba *“el establecimiento de mecanismos eficaces para resolver los conflictos de poderes”* y fundamentando su iniciativa manifestaba concretamente lo siguiente: *“una de las causas que resta eficacia a la acción de los Poderes Públicos, es la discrepancia que suele surgir entre el Ejecutivo y el Congreso (...). Con este fin –agregaba más adelante– el proyecto en trámite consulta la creación del Tribunal Constitucional, encargado de dirimir los conflictos cuya raíz consiste en una enconada interpretación de la Carta Fundamental (...)”*<sup>84</sup>.

Por su parte, en el caso de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, confiada a la Corte Suprema por la Constitución de 1925, como expresión del control concreto y posterior de la constitucionalidad de la ley, las discusiones que dieron origen al precepto que la instituyó dan cuenta de que se tuvo presente la necesidad de conjugar dos finalidades: evitar el conflicto de poderes y, también, *“dar suficiente garantía de la supremacía constitucional respecto de los particulares que se ven afectados por una ley inconstitucional”*<sup>85</sup>.

En la discusión que precede a la vigencia de la Constitución Política de 1925, existe constancia de que no se estimó procedente avanzar en la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales, sosteniendo que *“ello equivaldría a poner en abierta contradicción al Poder Judicial con el Poder Legislativo y podría estimular una frecuente intervención de la Corte Suprema en asuntos legislativos, que a la larga pudiera degenerar en abuso”*<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> SILVA CIMMA, ENRIQUE. *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*. 2ª edición. Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 38, 2008, pp. 32 y 34.

<sup>85</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. Sesión 287ª, de 26 de abril de 1977. Opinión del comisionado Jaime Guzmán E., p. 999.

<sup>86</sup> GUERRA, JOSÉ GUILLERMO. *La Constitución de 1925*. Establecimientos Gráficos Balcells, Santiago, 1929, p. 459.

A su vez, en las discusiones que dan origen a la Constitución de 1980 puede observarse que, nuevamente, se intentó avanzar desde un control concreto de constitucionalidad de la ley hacia uno de carácter abstracto y *erga omnes* identificado con la declaración de inconstitucionalidad de la ley. Se propuso, en su momento, que una vez declarada la inaplicabilidad de un precepto legal a través de tres fallos uniformes y sucesivos, pudiera declararse su inconstitucionalidad, con efectos generales, ya fuera por la propia Corte Suprema o por el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, esta modalidad de control de constitucionalidad de la ley sólo vino a ser concretada por la reforma constitucional de 2005<sup>87</sup> que confió al Tribunal Constitucional la atribución de resolver, por los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal que hubiera sido declarado inaplicable previamente (artículo 93, inciso primero, N° 7° de la Constitución).

La demora en establecer en Chile un procedimiento destinado a declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal con su consiguiente expulsión del ordenamiento jurídico viene a demostrar la dificultad que en nuestro país, como en el resto del mundo, ha suscitado el desarrollo de este tipo de procesos constitucionales. Tal dificultad puede atribuirse, precisamente, a la tensión que supone que el “garante” de la Constitución –un Tribunal o Corte Constitucional– deje sin efecto la expresión de voluntad del órgano legitimado por la ciudadanía para representarla en la adopción de las decisiones que van a incidir en la marcha de los asuntos colectivos. Con mayor razón, cuando los Tribunales o Cortes constitucionales no suelen originarse en la elección popular adoleciendo de una suerte de “déficit democrático” que les impediría anular la obra del legislador<sup>88</sup>.

Visto desde esta perspectiva, la sola existencia de un proceso destinado a declarar la inconstitucionalidad de una ley parece presentarse como una excepción al principio de la separación de funciones del Estado, al

<sup>87</sup> Ley N° 20.050.

<sup>88</sup> CAPELETTI, MAURO resume la “objección democrática” de la siguiente forma: “*Nadie debería permanecer tranquilo ante tan sombría advertencia (el desvío de la magistratura del camino democrático), que podría aparecer especialmente justificada en el caso de un control jurisdiccional de las leyes, en el que la fuerza creadora judicial podría considerarse no sólo como un desvío respecto del proceso legislativo, sino incluso como su aniquilación (...) incluso jueces que trabajan muy sinceramente para proteger las libertades públicas podrían, a la larga y sin quererlo ellos, transformarse en instrumentos de la tiranía, si les falta la legitimidad democrática*”. “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional”. En: Obras. *La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. Editorial Porrúa, México, 2007, p. 323.

menos en la forma tradicionalmente concebida por Montesquieu en “El Espíritu de las Leyes”.

En el contexto del tema general de este Congreso, esta ponencia pretende recordar que al creador de la jurisdicción constitucional concentrada –Hans Kelsen– nunca pretendió dar vida a una institución que manifestara una pugna con el principio de separación de funciones sino que, más bien, se erigiera como un complemento de éste desde el punto de vista del reforzamiento del Estado de Derecho.

En ese contexto, los procesos de inconstitucionalidad de la ley no sólo deben dar debida cabida a la expresión de voluntad de los órganos colegisladores, sino que también a la misma ciudadanía, ya sea a través de la concesión de una acción pública para iniciarlos o de su activa participación a lo largo del proceso constitucional. Este predicamento ha sido especialmente considerado, en el último tiempo, por el Tribunal Constitucional de Chile, el que ha impulsado el desarrollo de audiencias públicas en forma previa a la vista de la causa, para escuchar la opinión de los distintos sectores ciudadanos interesados en la declaración de inconstitucionalidad de la ley. Nos proponemos dar cuenta de los resultados de esa experiencia bajo la hipótesis de que ella contribuye a reforzar la idea de que el procedimiento de inconstitucionalidad de la ley no sólo contribuye a reforzar el Estado de Derecho sino que el mismo régimen democrático.

### MIRADA RETROSPECTIVA AL PENSAMIENTO DE KELSEN

Hans Kelsen concibió la acción de los Tribunales Constitucionales como una garantía de la Constitución, esto es, como una garantía de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir, garantías de la constitucionalidad de las leyes<sup>89</sup>. Agregaba que “*la Constitución dispone, en el fondo, que las leyes no solamente deberán ser elaboradas según el procedimiento que ella prescribe, sino, además, que no podrían contener ninguna disposición que menoscabe la igualdad, la libertad, la propiedad, etc. Así, la Constitución no es solo una regla de procedimiento, sino, además, una regla de fondo*”<sup>90</sup>. Quedaba, así sentada la idea de que la garantía jurisdiccional de la Constitución, representada por los Tribunales Constitucionales, abarcaba tanto la protección de la constitucionalidad de forma como de la constitucionalidad de fondo.

<sup>89</sup> KELSEN, HANS. “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”. (Traducción de Domingo García Belaúnde). En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10, julio-diciembre 2008, p. 8.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 12.

La relación entre la actividad de los Tribunales Constitucionales y el Estado de Derecho constituye un punto importante en el pensamiento de Kelsen. Sostenía, en este sentido, que *“el reclamo político-jurídico de garantías de la Constitución, es decir, de instituciones por medio de las cuales se controla la constitucionalidad del comportamiento de ciertos órganos del Estado inmediatamente subordinados a ella, como el Parlamento o el Gobierno, responde al principio específico de la máxima juridicidad de la función estatal, propia del Estado de Derecho”*<sup>91</sup>.

Resulta, entonces, que la propia idea de establecer una jurisdicción especialmente destinada a controlar la constitucionalidad de la ley constituye una garantía del sometimiento del poder al derecho. Esta idea se asocia al mismo origen de la Constitución escrita como una forma de controlar o limitar el poder, especialmente aquél que es ejercido a través de los actos del Parlamento o del Gobierno. Por ello es que Kelsen descarta que este control y, por ende, la garantía de la Constitución, pueda ser confiada a aquellos órganos a los que la misma Constitución otorga el ejercicio total o parcial del poder, haciendo prevalecer el principio según el cual *“nadie puede ser juez de su propia causa”*<sup>92</sup>. Basado en esta idea es que el jurista vienés impulsaba la idea de que sólo un tribunal puede asumir la delicada tarea de confrontar los actos de los órganos que ejercen el poder del Estado (Gobierno, Parlamento).

No desconocemos aquí la fuerte crítica que este pensamiento despertó en sus orígenes, pues se pensaba que atribuir a los tribunales la garantía de la Constitución suponía involucrarlos en cuestiones políticas que tenderían, inevitablemente, a desnaturalizar la función jurisdiccional. El propio Kelsen prefería soslayar esta discusión sosteniendo que *“la anulación de un acto legislativo por un órgano distinto del órgano legislativo constituye una invasión al ‘poder legislativo’, como se dice habitualmente. Pero el carácter problemático de esta argumentación se ve más claramente si se considera que el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales, no ejerce, propiamente, una verdadera función jurisdiccional, aun cuando tenga –por la independencia de sus miembros– la organización de tribunal. Por más que se las pueda distinguir, la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa, consiste, ante todo, en que ésta crea normas jurídicas generales, en tanto que la otra, no crea sino normas individuales”*<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> KELSEN, HANS. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 4.

<sup>92</sup> KELSEN, HANS. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Ob. Cit., p. 5.

<sup>93</sup> KELSEN, HANS. *La garantía jurisdiccional de la Constitución.* Ob. Cit., p. 24.

Con todo, un apropiado enfoque para entender por qué el control de la constitucionalidad de la ley supone un control jurídico que puede ser atribuido, sin problemas, a los tribunales se encuentra en el razonamiento del Chief Justice John Marshall, en el famoso caso “Marbury vs. Madison”, fallado por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, en el año 1803, que da inicio al sistema de la *judicial review*. Sostenía, el juez Marshall que *“la Constitución es una ley y, por lo tanto, siendo deber de cada juez proceder a la interpretación de las leyes para decidir las controversias a él sometidas, también el Tribunal Supremo tiene el derecho-deber de interpretar la Constitución con el fin de resolver cada eventual antinomia o conflicto entre las normas. Así las cosas, puesto que el texto constitucional sitúa a la Constitución misma, como fuente, en un plano superior al de las otras leyes, compete al Tribunal Supremo (y al resto de los jueces) verificar si una ley es conforme (in pursuance) a ella antes de considerarla aplicable al caso concreto. Si esta conformidad no existe, el juez no puede hacer otra cosa que declararla nula e ineficaz”*<sup>94</sup>.

Es claro es que el creador de la jurisdicción constitucional concentrada descartó que el control de constitucionalidad de la ley importara una violación al principio de separación de funciones del Estado. Afirmó categóricamente que *“la institución de la justicia constitucional no está de ninguna manera en contradicción con el principio de la separación, sino, por el contrario, es una afirmación de éste”*<sup>95</sup>. De allí que su tesis apunta a concebir la declaración de inconstitucionalidad de la ley, por parte de los Tribunales Constitucionales, como un reparto de poder entre distintos órganos, de forma de permitir un control recíproco de los unos sobre los otros. Y ello, no únicamente para impedirles la concentración de un poder excesivo en las manos de un solo órgano sino, además, para garantizar la regularidad del funcionamiento de los distintos órganos<sup>96</sup>.

Si el control de la constitucionalidad de la ley importa un control de la jurisdicción constitucional sobre el legislador puede entonces sostenerse que él constituye una expresión de los checks and balances propios de un Estado de Derecho. Así lo ha afirmado precisamente el Tribunal Constitucional de Chile en la primera sentencia que declaró inconstitucional un precepto legal (el artículo 116 del Código Tributario) luego de serle confiada esta atribución por la reforma constitucional de 2005:

*“(...) debe considerarse que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable en casos particulares, en*

<sup>94</sup> Citado por PEGORARO, LUCIO. *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*. Editorial Dykinson, Madrid, 2004, p. 33.

<sup>95</sup> KELSEN, HANS. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Ob. Cit., p. 25.

<sup>96</sup> *Ibidem*.

*nada vulnera sino que, por el contrario, refleja y garantiza el necesario respeto hacia la labor de los órganos colegisladores y la plena eficacia de la presunción de constitucionalidad de la ley generada por los órganos legitimados para ello dentro de un Estado democrático. Este principio, reiterado en la jurisprudencia de este Tribunal, constituye una expresión que concreta la separación de funciones del Estado y su asignación a los órganos competentes, que se encuentra expresamente establecida en el artículo 7°, inciso segundo, de la Carta Fundamental.*

*Asimismo, el control a posteriori de constitucionalidad de la ley, que puede derivar, como en este caso, en la expulsión de un precepto del ordenamiento jurídico positivo, es una competencia que procura regular el correcto funcionamiento y la eficacia del Estado de Derecho, lográndose con ello el fortalecimiento constante de los sistemas de frenos y contrapesos en el actuar de los órganos del Estado en forma compatible con aquella división de funciones prevista en los artículos 6° y 7° de la Constitución”<sup>97</sup>.*

Coincide, entonces, la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile con la afirmación de Mauro Capeletti en el sentido que *“es precisamente en la garantía de una legalidad superior, que el control judicial de constitucionalidad de las leyes encuentra su razón de ser: y se trata de una garantía que ahora ya es considerada por muchos como un importante, si no necesario, coronamiento del Estado de Derecho y que, contrapuesta a la concepción del Estado absoluto, representa uno de los valores más preciosos del pensamiento jurídico y político contemporáneo”<sup>98</sup>.*

En lo que se refiere, ahora, a los efectos que produce la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, suele sostenerse que la diferencia entre los sistemas americano (de la *judicial review*) y austríaco (propio de la jurisdicción constitucional concentrada) radica en que, en el primero, la citada declaración tiene un efecto declarativo de mera verificación de una nulidad preexistente con efectos *ex tunc* o retroactivos, mientras que, en el sistema austríaco, la declaración tiene un efecto constitutivo de la invalidez, esto es, un efecto de anulación con efectos *ex nunc* o hacia el futuro que impide los efectos retroactivos<sup>99</sup>.

El sistema austríaco refleja, claramente, el pensamiento de Kelsen sobre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la ley. Sostenía, en efecto, que sería conveniente, en interés de la propia seguridad

<sup>97</sup> Sentencia Rol 681, de marzo de 2007. Considerando 7°.

<sup>98</sup> CAPELETTI, MAURO. “El control judicial de las leyes en el derecho comparado”. En: Obras. *La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. Editorial Porrúa, México, 2007, p. 108.

<sup>99</sup> *Ibidem*, pp. 98-99.

jurídica, no atribuir, en principio, ningún efecto, retroactivo a la anulación de normas generales. Admitía, sin embargo, que ciertas situaciones pueden hacer necesaria una anulación retroactiva, pero sólo en casos excepcionales limitados a cierto tipo de actos o a una cierta categoría de casos<sup>100</sup>.

El evidente vacío que genera la declaración de inconstitucionalidad de la ley ha llevado a que varios ordenamientos comparados (Austria, Alemania, Turquía) confíen a sus Tribunales Constitucionales la facultad de modelar los efectos de tal declaración por la vía de diferir, en el tiempo, los efectos de la declaración, a fin de permitir que el legislador pueda asumir su responsabilidad frente a la producción de ese vacío.

## II. EXIGENCIAS PROCEDIMENTALES DE LOS PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

### EL CASO DE CHILE

#### EL DERECHO COMPARADO

Las cuestiones de inconstitucionalidad de una ley con efectos generales pueden ser promovidas por ciertos órganos constitucionales<sup>101</sup>; por los propios Tribunales Constitucionales actuando de oficio<sup>102</sup> o por medio de una acción pública<sup>103</sup>. En otros términos, dependiendo del sistema jurídico particular, la legitimación activa para interponer una acción de

<sup>100</sup> KELSEN, HANS. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Ob. Cit., pp. 20 y 21.

<sup>101</sup> La Ley 2/1979, Orgánica del Tribunal Constitucional de España dispone, en su artículo 32.1, que “*están legitimados para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad cuando se trata de Estatutos de Autonomía y demás Leyes del Estado, Orgánicas o en cualesquiera de sus formas, y disposiciones normativas y actos del Estado o de las Comunidades Autónomas con fuerza de Ley, Tratados Internacionales y Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales: a. El Presidente del Gobierno; b. El Defensor del Pueblo; c. Cincuenta diputados y d. Cincuenta senadores*”.

<sup>102</sup> El artículo 140 de la Constitución de Austria permite al Tribunal Constitucional instituir un proceso de oficio ante la posible inconstitucionalidad de una ley cuando ese mismo tribunal tenga que aplicarla a un litigio pendiente pudiendo llegar a anularla.

<sup>103</sup> La Ley de Amparo, Exhibición Personal y de constitucionalidad de Guatemala indica, en su artículo 134, que “*tiene legitimación activa para plantear la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general: a) La Junta Directiva del Colegio de Abogados actuando a través de su Presidente; b) El Ministerio Público a través del Procurador General de la Nación; c) El Procurador de Derechos Humanos en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que afecten intereses de su competencia; y d) Cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos*”.

inconstitucionalidad ante el Tribunal o Corte Constitucional suele no estar restringida sólo a ciertos órganos constitucionales.

En diversos ordenamientos jurídicos se restringe la posibilidad de interponer la cuestión de inconstitucionalidad hasta un determinado tiempo después de la entrada en vigencia de la ley que se impugna<sup>104</sup>.

La regla general, por su parte, es que, admitida a tramitación la cuestión de constitucionalidad se confiere traslado a los órganos colegisladores para que manifiesten su opinión sobre la posible expulsión del precepto legal cuestionado del ordenamiento jurídico dentro de un plazo determinado.

Con todo, el impulso procesal suele estar radicado en el propio Tribunal Constitucional, atendido el interés público comprometido en la eventual declaración de inconstitucionalidad. El Código Procesal Constitucional del Perú dispone en este sentido que: *“Admitida la demanda, y en atención al interés público de la pretensión discutida, el Tribunal Constitucional impulsará el proceso de oficio con prescindencia de la actividad o interés de las partes (...)”* (artículo 106). El interés público comprometido en los procesos de inconstitucionalidad de una ley se relaciona, ciertamente, con la depuración del ordenamiento jurídico en respeto de la supremacía constitucional que este tipo de pronunciamientos supone.

En los procesos de inconstitucionalidad de la ley no se ha previsto, por regla general, la expresión del interés de los integrantes de la sociedad civil que, sin haber participado en el proceso de generación de la ley, puedan tener un interés en mantener su vigencia o, por el contrario, en su declaración de inconstitucionalidad con la consiguiente desaparición del precepto del ordenamiento jurídico. Puede especularse que esta posibilidad de participación directa de la sociedad civil en los procesos de inconstitucionalidad sería propia solamente de sistemas de democracia semidirecta, pero no de democracias representativas, como las que abundan en nuestros Estados, caracterizadas porque los ciudadanos confieren derechamente las responsabilidades de la formación de la ley a los órganos colegisladores quienes están obligados a respetar el principio de supremacía constitucional.

Luego, examinado los ordenamientos comparados, no se encuentran casos frecuentes en que los Tribunales Constitucionales estén facultados

<sup>104</sup> Véase, por ejemplo, el artículo 100 del Código Procesal Constitucional del Perú, según el cual *“la demanda de inconstitucionalidad de una norma debe interponerse dentro del plazo de seis años contado a partir de su publicación, salvo en el caso de los tratados en que el plazo es de seis meses. Vencido los plazos indicados, prescribe la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 51° y por el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución”*.

para convocar a audiencias públicas destinadas a oír –aunque no en calidad de partes del proceso– a diferentes personas, sectores o entidades integrantes de la sociedad civil y que puedan tener algún tipo de interés en el proceso de inconstitucionalidad de la ley.

El Decreto 2067, de 1991, que regula el proceso de inconstitucionalidad en Colombia contempla la posibilidad de que un magistrado de la Corte Constitucional proponga que se convoque a una audiencia para que quien hubiere dictado la norma impugnada o participado en su elaboración, por sí o por intermedio de apoderado, y el demandante concurran a responder preguntas destinadas a profundizar en los argumentos expuestos por escrito o aclarar hechos relevantes para tomar la decisión. La Corte, por mayoría de los asistentes, decidirá si convoca a la audiencia<sup>105</sup>.

Un concepto más amplio de la audiencia pública en los procesos de inconstitucionalidad puede encontrarse en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala, cuyo artículo 139 indica: “*Audiencia, vista y resolución. Si no se dispone la suspensión provisional o, en su caso, decretada ésta, se dará audiencia por quince días comunes al Ministerio Público y a cualesquiera autoridades o entidades que la Corte de Constitucionalidad estime pertinente, transcurridos los cuales, se haya evacuado o no la audiencia, de oficio se señalará día y hora para la vista dentro del término de veinte días*”. Al referirse a “entidades” entendemos, en todo caso, que a las personas naturales les estaría vedada la posibilidad de hacerse oír en el proceso de inconstitucionalidad, a menos que se trata del accionante o requirente que tiene la calidad de parte.

Si bien se ha sostenido que en los procesos destinados a resolver la eventual inconstitucionalidad de una ley, la prueba se torna innecesaria, no puede negarse la importancia que reviste, para el Tribunal, la determinación de todas las hipótesis posibles de aplicación de la norma, a fin de concluir si todas ellas se traducen en una pugna con la Constitución, única hipótesis en que se puede expulsar la norma del ordenamiento jurídico como producto de un control abstracto de esta naturaleza. De allí que, para el Tribunal Constitucional español, la importancia de la audiencia, en la fase de la vista de la causa, no se puede minimizar reduciéndola a un simple trámite carente de trascendencia<sup>106</sup>.

<sup>105</sup> REY CANTOR, ERNESTO. “La legitimación activa y legitimación pasiva en la jurisdicción constitucional colombiana”. En: NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (Coordinador). *Jurisdicción Constitucional en Chile y América Latina: presente y prospectiva*. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 211.

<sup>106</sup> GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO. “La prueba en los procesos constitucionales”. En: BAZÁN, VÍCTOR (Coordinador). *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*. Tomo II. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 796.

Es por ello que pareciera que el proceso destinado a la declaración de inconstitucionalidad de una ley no debiera restringirse a una audiencia en que sólo se reiteren las pretensiones de las partes. Por el contrario, todo aconseja escuchar otros puntos de vista relacionados, por ejemplo, con los efectos que puede acarrear la declaración de inconstitucionalidad en toda la sociedad y que, evidentemente, pueden superar el mero interés de las partes.

**EL PROCEDIMIENTO SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE UN PRECEPTO LEGAL DECLARADO PREVIAMENTE INAPLICABLE EN CHILE**

La “cuestión de inconstitucionalidad de la ley” se puede conceptualizar como la potestad del Tribunal Constitucional de declarar inconstitucional en abstracto, con efectos *ex nunc* y *erga omnes*, un precepto legal ya declarado inaplicable, potestad que puede ser ejercida de oficio o impulsada por vía de acción pública.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 7 de la Constitución chilena, es atribución del Tribunal Constitucional “resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable”, y según dispone el inciso decimosegundo del mismo artículo, “una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal (...), habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio. Corresponderá a la ley orgánica constitucional respectiva establecer los requisitos de admisibilidad, en el caso de que se ejerza la acción pública, como asimismo regular el procedimiento que deberá seguirse para actuar de oficio”.

La ley a que alude este precepto de la Constitución corresponde a la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional –cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado recientemente por el Decreto con Fuerza de Ley N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia– y que, en sus artículos 93 a 104 del Párrafo 7, denominado “Cuestiones de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable”, regula este procedimiento.

Como características generales de esta cuestión de inconstitucionalidad de la ley, se pueden señalar las siguientes:

- a. Se trata de un control de constitucionalidad *ex post*, ya que actúa sobre preceptos legales vigentes y su objeto es la derogación de la ley inconstitucional.
- b. Es un mecanismo de efectos generales o *erga omnes*, depurador del sistema normativo, pues la norma declarada inconstitucional es expulsada del ordenamiento jurídico.

- c. Es un control con efectos *ex nunc* o irretroactivos, tal cual lo dispone la Constitución chilena, al señalar en su artículo 94 que el precepto legal declarado inconstitucional “*se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo*”.
- d. El procedimiento se puede iniciar de oficio por el Tribunal o por solicitud de un sujeto activo en ejercicio de la acción pública que confiere la Constitución para solicitar la declaración de inconstitucionalidad.
- e. Exige como presupuesto una sentencia que acoja, al menos, una inaplicabilidad recaída en el mismo precepto legal.
- f. Requiere un quórum aumentado para resolverla, pues la Carta Fundamental exige la mayoría de los cuatro quintos de los Ministros del Tribunal, a diferencia de la inaplicabilidad de la ley, que requiere sólo de mayoría absoluta.

En cuanto a su procedencia, puede solicitarse respecto de preceptos legales vigentes, sean anteriores o posteriores a la reforma constitucional de 2005, o parte de los mismos, en la medida que a lo menos una vez hayan sido declarados inaplicables con anterioridad. El inciso segundo del artículo 93 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (LOCTC) aclara que “*esta cuestión no podrá promoverse respecto de un tratado ni de una o más de sus disposiciones*”.

El sujeto activo de la acción de inconstitucionalidad, como se dijo, puede ser el propio Tribunal Constitucional, de oficio, o cualquier persona por vía de acción pública, y de ello dependerá la forma de iniciación del procedimiento: (i) Si fue iniciado de oficio, el artículo 94 LOCTC dispone que el Tribunal “*así lo declarará en una resolución preliminar fundada, que individualizará la sentencia de inaplicabilidad que le sirve de sustento y las disposiciones constitucionales transgredidas*”. Es decir, el Tribunal debe dictar un auto fundado a través del cual se ordene abrir el proceso, conocido como “auto cabeza de proceso”; en cambio, (ii) si es iniciado por vía de acción pública, el artículo 95 LOCTC señala que “*la o las personas naturales o jurídicas que la ejerzan deberán fundar razonablemente la petición, indicando precisamente la sentencia de inaplicabilidad previa en que se sustenta y los argumentos constitucionales que le sirven de apoyo*”.

En el segundo evento descrito, esto es, si el proceso se inicia por acción pública, procede un examen de admisión a trámite por parte del Tribunal. Así, si no se cumple con los requisitos recién indicados respecto de la acción pública, el requerimiento “*no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales*” (artículo 95, inciso segundo LOCTC), resolución que debe ser fundada y dictarse dentro

del plazo de 3 días desde que se de cuenta del requerimiento en el Pleno del Tribunal. Sin perjuicio de lo anterior, si se trata de defectos de forma o de la omisión de antecedentes, el Tribunal dictará una resolución en que *“otorgará a los interesados un plazo de tres días para que subsanen aquéllos o completen éstos”*, bajo el apercibimiento de que *“si así no lo hacen, el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”* (artículo 95, inciso tercero LOCTC).

Si el proceso que comenzó por acción pública pasó la fase de admisión a trámite, es objeto de un segundo examen, en fase de admisibilidad, debiendo el Tribunal pronunciarse en ese sentido dentro de los 10 días siguientes de acogido a tramitación. El artículo 96 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional faculta al requirente para solicitar alegatos de admisibilidad, siendo facultativo para esta Magistratura su concesión. Si así lo hace, el mismo precepto legal ordena que deberá dar traslado por 10 días *“a quienes aparezcan como partes en la cuestión de inconstitucionalidad”*, para que hagan llegar sus observaciones dentro de dicho plazo.

El artículo 97 de la Ley Orgánica ya mencionada establece que procederá declarar la inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad promovida mediante acción pública, en los siguientes dos casos: (i) cuando no exista sentencia previa que haya declarado la inaplicabilidad del precepto legal impugnado, y (ii) cuando la cuestión se funde en un vicio de inconstitucionalidad distinto del que motivó la declaración de inaplicabilidad del precepto impugnado.

En concordancia con lo dispuesto en el artículo 94 de la Constitución, el mismo artículo 97 aludido precisa que en contra de la resolución que declara la inadmisibilidad no procederá recurso alguno, poniéndose término en este evento, al proceso de inconstitucionalidad. En todo caso, la resolución que declare la inadmisibilidad debe ser fundada y su efecto es que *“el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales”*, debiendo además ser comunicada a la Cámara de Diputados, al Senado y al Presidente de la República.

En el evento de que el requerimiento sea declarado admisible, o bien cuando éste se hubiere iniciado de oficio por el Tribunal, el procedimiento continúa poniendo la resolución respectiva –esto es, la que declara admisible la acción pública o la que inicia el proceso de oficio– en conocimiento de ambas Cámaras del Congreso Nacional y del Presidente de la República para que, en su calidad de órganos constitucionales interesados, puedan formular las observaciones y acompañar los antecedentes que estimen pertinentes, dentro del plazo de veinte días (artículo 98 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional).

El procedimiento continúa con la vista de la causa. Así, una vez formuladas las observaciones o acompañados los antecedentes por los órganos constitucionales interesados o vencidos los plazos para ello, el Presidente del Tribunal ordenará traer los autos en relación y la causa será agregada al Rol de Asuntos en Estado de Tabla. Luego, se procederá en audiencia pública a la vista de la causa, que se iniciará con la relación y continuará con los alegatos de las partes que lo hayan solicitado.

Conforme se explicará más adelante, es de la máxima relevancia destacar que el Tribunal Constitucional chileno ha entendido que, velando por el principio democrático y haciendo aplicable el derecho de petición consagrado en el artículo 19 N° 14° de la Constitución, se ha dispuesto en estos procesos, además, la realización de audiencias públicas previas a la vista de la causa, permitiendo que toda persona o institución interesada en aportar antecedentes que coadyuven a la solución del asunto, pueda concurrir a hacer presente lo que estime pertinente al Tribunal, permitiéndoseles además, hacer presentaciones por escrito en el mismo sentido. El fundamento inmediato de la resolución que dispone las audiencias públicas se encuentra en el artículo 37 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional que permite “*decretar las medidas que estime del caso tendientes a la más adecuada sustanciación y resolución del asunto de que conozca*”.

La experiencia indica que estas audiencias públicas y el aporte de la ciudadanía en general, han influido directamente en las sentencias del Tribunal Constitucional, según se ejemplificará más abajo.

Luego de la vista de la causa, el Tribunal Pleno debe adoptar el acuerdo y designar al Ministro redactor del fallo, sin perjuicio de que debería entenderse que también podría antes de ello decretar medidas para mejor resolver. El plazo para dictar sentencia, conforme al artículo 100 de la ley orgánica es de treinta días, contados desde que concluya la tramitación de la causa, y podrá ser prorrogado hasta por otros quince días, por resolución fundada del Tribunal.

En el evento de que la sentencia declare la inconstitucionalidad de todo o parte de la norma legal cuestionada –lo que deberá fundarse únicamente en la infracción del o de los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento–, según ordena el artículo 94 de la Constitución, será publicada *in extenso* en el Diario Oficial, dentro de tercero día, momento a partir del cual producirá sus efectos, que consistirán en que el precepto legal declarado inconstitucional se entenderá derogado, sin efecto retroactivo<sup>107</sup>, lo que significa que los actos realizados al

amparo del precepto declarado inconstitucional con anterioridad a la publicación de la sentencia son válidos.

Se ha señalado, en este sentido, que *“en otras palabras, la sentencia no afectará los derechos adquiridos ni las situaciones jurídicas consolidadas al amparo del precepto que se declare inconstitucional, antes de la publicación del fallo”*<sup>108</sup>.

En relación al efecto de la sentencia que declara la inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional, en su sentencia Rol N° 1710 ha indicado:

*“Que la doctrina y esta misma sentencia han señalado que esta norma consagra expresamente que las sentencias del Tribunal Constitucional producen efectos ex nunc (Nogueira, Humberto, El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional de 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias, en: Francisco Zúñiga (coordinador), Reforma constitucional, Editorial LexisNexis, 2005, p. 615), esto es, produce efectos desde la publicación del fallo ‘hacia el futuro, no afectando situaciones anteriores producidas al amparo de dicha norma’ (ob. cit., p. 608). De esta manera, ‘ni el Tribunal Constitucional ni el legislador orgánico constitucional podrán dar efecto retroactivo a las sentencias que expulsen de nuestro ordenamiento jurídico disposiciones de rango constitucional’ (ob. cit., p. 615).*

*Este Tribunal Constitucional, por su parte, ha señalado que el hecho de que su sentencia carezca de efectos retroactivos significa que no afecta situaciones acaecidas ni actos realizados con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial (Sentencia Rol 597, considerando 5°) (Considerando 167°);*

*“Que como consecuencia de lo anterior se puede concluir que la irretroactividad se traduce en que la sentencia no puede afectar ‘situaciones anteriores producidas al amparo de dicha norma’ (Nogueira, Humberto, El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional de 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias, ob. cit., p. 467), ni ‘situaciones acaecidas ni actos realizados con anterioridad’ (Sentencia Rol 597). Así, la sentencia que dicte el Tribunal Constitucional no puede afectar situaciones conso-*

<sup>107</sup> Véase, al efecto, de esta autora: “Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal”. En: *Asociación Chilena de derecho constitucional. Temas actuales de Derecho Constitucional. Libro Homenaje al profesor Mario Verdugo Marinkovic*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, pp. 187-205.

<sup>108</sup> RÍOS ALVAREZ, LAUTARO. “El Nuevo Tribunal Constitucional”. En: *Reforma Constitucional*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 642.

*lidadas, esto es, nacidas y concluidas bajo el imperio de la o las normas declaradas inconstitucionales (Considerando 168°)*”.

Y el Tribunal ha concluido en la misma sentencia, “*que la regla constitucional señalada resulta de una adecuada consideración entre la seguridad jurídica y la supremacía constitucional. Si bien la supremacía constitucional exigiría la expulsión de todas las normas que pugnen con la Constitución, la seguridad jurídica exige limitar dichos efectos para no afectar a quienes actuaron bajo la expectativa de que el marco legal vigente era regular (Considerando 169°)*”.

Aclarando el alcance de este efecto que produce la sentencia de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional ha sostenido, asimismo, en la aludida sentencia, que “*debe tenerse presente que la derogación o expulsión de una norma por una declaración de inconstitucionalidad tiene un alcance distinto a una derogación de una norma por el legislador. El Tribunal Constitucional es un órgano que falla de acuerdo a derecho (artículo 92 de la Carta Fundamental); no es un ente de deliberación política que se pronuncie sobre cuestiones de mérito, como los órganos colegisladores. Por ello, su declaración de inconstitucionalidad se basa en que la norma posee un vicio. En cambio, la derogación realizada por el legislador se basa en una nueva evaluación política de la situación. Es una decisión de mérito político. De hecho, es posible hacer un paralelo entre la derogación por inconstitucionalidad efectuada por el Tribunal Constitucional y la derogación efectuada por el legislador, con la invalidación y la revocación de un acto administrativo que efectúa la Administración. Unas situaciones se basan en un vicio y las otras, en cambio, en una valoración de mérito (Considerando 171°)*”.

### **III. LAS AUDIENCIAS PÚBLICAS EN LOS PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY: LA EXPERIENCIA CHILENA**

Como se ha visto en el acápite anterior, el procedimiento establecido en relación a la cuestión de inconstitucionalidad de un precepto legal previamente declarado inaplicable contempla, conforme disponen los artículos 97 y 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la intervención en el proceso de quien haya recurrido, en el caso que se haya iniciado la cuestión en ejercicio de acción pública y –tanto en este caso como en aquel en que la cuestión se haya iniciado de oficio por el propio Tribunal Constitucional–, de la Cámara de Diputados, el Senado y el Presidente de la República, a quienes se les comunicará, en su calidad de órganos constitucionales interesados, la existencia de este proceso constitucional para que formulen sus observaciones o acompañen los antecedentes que estimen pertinentes, dentro del plazo de 20 días.

En relación a lo anterior, el artículo 44 de la misma ley orgánica dispone que *“son órganos y personas legitimados aquellos que, de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política de la República, están habilitados para promover ante el Tribunal cada una de las cuestiones y materias de su competencia”*, y agrega que *“son órganos constitucionales interesados aquellos que, de conformidad a esta ley, pueden intervenir en cada una de las cuestiones que se promuevan ante el Tribunal, sea en defensa del ejercicio de sus potestades, sea en defensa del orden jurídico vigente”*, y que *“son parte en los procesos seguidos ante el Tribunal el o los órganos y la o las personas que, estando constitucionalmente legitimados, han promovido una cuestión ante él (...). También podrán serlo los órganos constitucionales interesados que, teniendo derecho a intervenir en una cuestión, expresen su voluntad de ser tenidos como parte dentro del mismo plazo que se les confiera para formular observaciones y presentar antecedentes”*.

Es interesante destacar que dada la supremacía constitucional involucrada en el proceso de inconstitucionalidad de la ley y el impacto de la posible declaración de inconstitucionalidad, se podría pensar que, además de los órganos constitucionales interesados y del requirente, en su caso, podría ser relevante oír dentro del proceso a otras personas, instituciones o grupos que puedan tener interés en la resolución de la cuestión o aun no teniéndolo, puedan aportar al debate, tanto desde el punto de vista jurídico como técnico. En este sentido ya se manifestaba la doctrina, aun antes de la modificación de la ley orgánica del Tribunal y del establecimiento del procedimiento especial aplicable a la cuestión de inconstitucionalidad de la Ley.

Así por ejemplo, Gastón Gómez Bernales, sostenía que la legitimidad atribuida por la reforma tanto al propio Tribunal Constitucional como a cualquier persona, para reclamar la inconstitucionalidad partiendo del supuesto de la declaración de inaplicabilidad previa, opera sobre la base de que *“existe un interés público en establecer si es inconstitucional o no el enunciado normativo que ampara el precepto y, por ello, se abre una legitimación amplia (que no excluye a quien obtuvo la sentencia favorable de inaplicabilidad). (...) En tal caso, el propio Pleno deberá pronunciarse sobre la derogación del precepto mediante un procedimiento que ofrezca garantías de que existirá debate público sobre el tema. (...) La LOCTC debiera establecer, para que el Tribunal Constitucional determine la inconstitucionalidad, un procedimiento socialmente abierto con amplia intervención de quienes tienen pareceres constitucionales respecto de la ley cuestionada (no la representación de intereses privados)”*<sup>109</sup>.

<sup>109</sup> GÓMEZ BERNALES, GASTÓN. “La reforma constitucional a la Jurisdicción Constitucional”. En: ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (Coordinador). *Reforma Constitucional*. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 681.

Es del caso que el mismo Tribunal Constitucional ha hecho suyo este razonamiento y, aun cuando su ley orgánica constitucional no lo exige, ha incluido en los procedimientos de inconstitucionalidad de preceptos legales la existencia de audiencias públicas abiertas a órganos y personas que no son legitimados en los términos del artículo 44 de la misma, incluyendo en general a la ciudadanía toda, y permitiendo que quienes no son parte en el proceso igual puedan concurrir a él, oralmente o por escrito, a fin de manifestar sus intereses y apreciaciones sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto legal cuestionado. Esto ha llegado a ser en tal medida interesante y facilitador de la tarea del Tribunal Constitucional que incluso se puede apreciar que ha llegado a influir en las decisiones adoptadas por esta Magistratura en los procesos de inconstitucionalidad de la ley, como se verá en los casos que se citarán a continuación.

### **“CASO ISAPRES”**

La sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1710, de 6 de agosto de 2010, resolvió que los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, sobre Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES), eran inconstitucionales.

El artículo 38 ter es un precepto legal bastante extenso (tiene siete incisos) y que regula una serie de materias sobre la determinación del precio de los planes de salud que el afiliado está obligado a pagar a la respectiva ISAPRE (Institución de Salud Previsional). En concreto, los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero, que se declararon inconstitucionales, establecían las reglas a las que debía sujetarse la fijación de los rangos de edad en las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Salud. La observancia de estas reglas fue prevista en la ley como una condición de ejercicio, tanto de la potestad de la Superintendencia para fijar la estructura de las tablas de factores regulada en el inciso segundo, como de la libre determinación de los factores dentro de la tabla por parte de las Isapres, conforme al inciso cuarto del mismo artículo.

En relación a lo anterior, valga señalar que en el sistema actual en Chile, las tablas de factores están incorporadas dentro del esquema adoptado por el legislador que determina que el valor que puede cobrar la ISAPRE por el plan de salud, se compone del producto de multiplicar el precio base asignado al respectivo plan –que representa los costos generales, según sus coberturas y beneficios–, por el factor que se aplica según la tabla de factores establecida por esa institución e incorporada al plan que cada afiliado elige –y que representa los costos específicos aso-

ciados a la persona que contrata, dados la edad, el sexo y la condición de cotizante o carga-. Lo que el Tribunal declaró inconstitucional, entonces, fueron las reglas que determinaban los antedichos numerales del inciso tercero del artículo 38 ter, en relación a la facultad de la Superintendencia de Salud para fijar, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las aludidas tablas de factores.

El proceso se inició de oficio por el Tribunal, habiéndose declarado previamente inaplicable el mismo precepto legal en cuatro oportunidades (sentencias roles N°s 976, 1218, 1273 y 1287). Y, en cumplimiento del procedimiento dispuesto en la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, la resolución que dispuso la apertura del proceso se puso en conocimiento del Presidente de la República, del Senado y de la Cámara de Diputados, en sus calidades de órganos constitucionales interesados, haciendo el Presidente de la República uso de su derecho a presentar observaciones e instando por que se declarara que el precepto legal no era inconstitucional y, además, oyéndose en la vista de la causa los alegatos de un abogado en representación del Poder Ejecutivo.

Pero, además, esta Magistratura Constitucional dispuso la realización de audiencias públicas previas al día de la vista de la causa, en las que pudieron exponer por escrito y oralmente sus observaciones las instituciones y organizaciones representativas de los intereses involucrados en el asunto materia de este proceso constitucional, fijándose al efecto un plazo. Concurrieron a dichas audiencias públicas diversas personas y organizaciones, de la más amplia gama, incluyendo a las mismas ISAPRES, asociaciones, académicos e, incluso, personas naturales.

Como se señaló, la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional no exige que concurren a este proceso –que fue abierto de oficio por el Tribunal– sino los órganos constitucionales interesados. Sin embargo, haciendo uso de la facultad establecida en el artículo 37 de ese cuerpo legal, mediante resolución de 11 de mayo de 2010, se declaró que *“esta Magistratura Constitucional estima que puede contribuir a la mejor resolución de este proceso oír, también, a aquellas instituciones y organizaciones representativas de los intereses involucrados en el proceso constitucional que, contando con información especializada sobre la materia de autos, deseen acompañarla o exponerla en la forma y oportunidad que se disponga”*. A continuación resolvió abrir en el expediente un cuaderno especial para agregar las presentaciones que formulen las aludidas instituciones y organizaciones, en que se contengan sus observaciones y antecedentes, y citó a audiencia pública a celebrarse los dos días anteriores a la vista de la causa, en la cual pudieron exponer todos los órganos e instituciones que así lo solicitaron y que previamente hicieron presentaciones por escrito al Tribunal.

Así, concurrieron y fueron escuchados por el Tribunal, manifestando sus apreciaciones en contra de la declaración de inconstitucionalidad:

- Un abogado en representación de la ISAPRE CONSALUD S.A.
- Un abogado en representación de las ISAPRES BANMÉDICA S.A. y VIDA TRES S.A.
- Un abogado en representación de la Asociación de ISAPRES de Chile A.G.
- El Presidente de la Asociación de ISAPRES de Chile A.G.
- Un abogado en representación de la ISAPRE CRUZ BLANCA S.A.
- Un abogado en representación de la ISAPRE COLMENA GOLDEN CROSS S.A.

Por su parte, se hicieron presente y fueron oídos en las audiencias públicas, manifestando su opinión a favor de la declaración de inconstitucionalidad:

- Una persona en representación de la Sociedad Javier Fuenzalida y Compañía.
- Un abogado en representación de diversos Diputados del Partido Socialista.
- Un abogado, por sí, y en representación de Infolex Limitada.
- Una abogada en representación de la Corporación Humanas.
- Dos médicos, en representación de la Sociedad de Geriatría y Gerontología de Chile.
- Cuatro abogados en su calidad de profesores de Derecho Constitucional.

Asimismo, comparecieron al proceso acompañando informes, sin haber solicitado que se les escuchara en las audiencias señaladas:

- Altura Management, representada por dos de sus directores.
- La Isapre Masvida S.A., a través de su gerente general.
- El Colegio Médico de Chile (A.G.).

Del texto de la sentencia Rol N° 1710 –cuya extensión alcanza las 215 páginas– se puede desprender que en la decisión ha tenido relevancia, además de la gran cantidad de doctrina nacional y extranjera que se cita, la historia legislativa del artículo 38 ter, que ha sufrido diversas modificaciones en el tiempo. En esta parte también fue relevante la intervención que hizo en el proceso el Presidente de la República, a través de observaciones escritas, instando por el rechazo de la declaración de inconstitucionalidad y, en cuya representación, concurrió a alegar en la vista de la causa un abogado.

Luego de un extenso análisis, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES, por estimar que su texto era contrario a la igualdad ante la ley, al derecho a la protección de la salud y al derecho a la seguridad social, garantías constitucionales contenidas en los números 2°, 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución chilena, en los siguientes términos:

*“Que, consecuentemente con el método descrito, en el caso de autos esta Magistratura ha examinado si el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, objeto de este proceso constitucional: a) cumple con ser adecuado a los fines constitucionales de tutelar la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, de proteger la salud de las personas incorporadas al sistema privado de salud en el cual actúan las Instituciones de Salud Previsional, especialmente en lo que concierne al rol preferente del Estado en garantizar la ejecución de las acciones de salud y en proteger el libre e igualitario acceso a ellas de todas esas personas, y de asegurar que las personas accedan al goce de las prestaciones básicas uniformes de seguridad social, garantizadas por la acción del Estado; b) cumple con ser indispensable para alcanzar los fines señalados; y c) si guarda proporcionalidad con tales objetivos” (considerando 143°);*

*“Que, como corolario del análisis efectuado, este Tribunal ha logrado convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 no cumplen los supuestos descritos en el considerando precedente y, por consiguiente, son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos y asegurados en nuestra Carta Fundamental” (considerando 144°);*

*(...) “Que, en este mismo orden de consideraciones, resulta imprescindible indicar que el contrato que celebra un afiliado con una determinada Isapre no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a las personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga el seguro, tiene asegurada, por ley, una cotización, o sea, un ingreso garantizado. Así, las normas que regulan esta relación jurídica son de orden público” (considerando 154°);*

*(...) “Que, consecuentemente con lo razonado hasta este punto y advirtiéndose el reconocimiento expreso que ha manifestado en autos el Ejecutivo-órgano colegislador, esta Magistratura constata que la formulación de los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, cuyo correlato de este último se encuentra en el artículo segundo transitorio de la Ley N°*

*20.015, como podría encontrarse en cualquiera otra norma que se expediera al amparo del amplio mandato que entrega, es contraria a la Constitución Política de la República, afectando, en lo que a la causa de autos concierne, a los números 2°, 9° y 18° de su artículo 19, y así se declarará” (considerando 162°).*

Finalmente, destaca la exhortación hecha al legislador que se contiene en el considerando 163° de la sentencia, al señalarse que *“esta Magistratura estima necesario, además, hacer presente que la determinación de la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores de cada una de ellas deberán ajustarse a lo que establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores para dar cabal cumplimiento a lo resuelto en este fallo”*.

Esta sentencia Rol N° 1710 contiene dos votos disidentes: uno de la Ministra autora de esta ponencia y, otro, del Ministro Enrique Navarro Beltrán. En la primera disidencia, estuvimos por negar lugar a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter tomando como base en consideración un informe acompañado al expediente por la ISAPRE Banmédica S.A., que establece un modelo o ejemplo de estructura de la tabla de factores, para concluir que de él no se desprenderían, en términos constitucionales, diferencias carentes de razonabilidad. En el mismo voto disidente tuvimos presente un informe de la Superintendencia de Salud que fue acompañado a los autos por el Presidente de la República, en relación a los impactos que tendría la eliminación de la tabla de factores, y otro informe acompañado por la Asociación de ISAPRES, documentos que, además, dan cuenta de la experiencia comparada en el punto en debate.

La disidencia de esta Ministra también alude al contenido de estos mismos informes, en relación a los eventuales efectos que produciría la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter, para concluir, sobre la base de los datos contenidos en ellos que, de derogarse la tabla de factores, se generaría el efecto de dejar a las Isapres en plena libertad para determinar esos factores de ponderación, generando un escenario de incertidumbre y concluyendo que ello podría generar un efecto de inconstitucionalidad mayor que aquél que se pretendía evitar a través de la declaración de inconstitucionalidad.

### **“CASO 2331 DEL CÓDIGO CIVIL”**

La experiencia del “caso ISAPRES” se repite en los autos Rol N° 1723, que también se originaron en un proceso iniciado de oficio por el mismo Tribunal, y que versó sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil chileno.

El precepto legal cuestionado establece la improcedencia de la indemnización del daño moral en el caso de injurias, estableciendo una excepción a la regla general en materia de responsabilidad civil extracontractual contenida en el Código Civil, conforme a la cual todo daño es indemnizable, precepto que ya había sido declarado inaplicable para dos casos particulares, en las sentencias roles N° 943 y 1185, cumpliéndose así el requisito previo imprescindible para el inicio de la cuestión de inconstitucionalidad de oficio. En las declaraciones previas de inaplicabilidad se estimó que el artículo 2331 del Código Civil resultaba contrario a la Constitución en los casos concretos en que fue impugnado por lesionar el derecho a la honra de la persona y de su familia que la Constitución garantiza.

El auto cabeza de proceso fue puesto en conocimiento de los órganos constitucionales interesados, los que no hicieron uso de su derecho a efectuar observaciones o acompañar antecedentes dentro de plazo. Sin embargo, un abogado particular adjuntó una ponencia al proceso y el Presidente de la Federación de Medios de Comunicación Social presentó, a su vez, un informe en derecho, lo que motivó que, por resolución de 28 de septiembre de 2010, el Tribunal convocara a la ciudadanía, extendiendo la posibilidad de que concurrieran a la causa aportando antecedentes y haciendo observaciones no solo los órganos legitimados. En dicha resolución, haciendo uso de las facultades que le otorga el artículo 37 de su Ley Orgánica Constitucional, el Tribunal por estimar *“que puede contribuir a la mejor resolución de este proceso (resolvió) oír, también, a aquellas personas, instituciones y organizaciones representativas de los intereses involucrados en el proceso constitucional que, contando con información especializada sobre la materia de autos, deseen acompañarla o exponerla en la forma y oportunidad determinadas en la presente resolución”*. Para ello ordenó abrir en el expediente un cuaderno especial con el fin de agregar las presentaciones que se formularan y citó a audiencia pública que se celebraría en los dos días que precediesen a la vista de la causa, en la cual podrían ser oídas las personas, instituciones y organizaciones que lo solicitaran.

El Tribunal Constitucional, entendiendo que, al igual que en el caso ISAPRES, se encontraba frente a la resolución de un tema de alto impacto mediático y ciudadano, optó nuevamente por convocar a estas audiencias públicas.

En virtud de dicha convocatoria, las siguientes personas e instituciones presentaron sus puntos de vista, por escrito, acerca del conflicto de constitucionalidad planteado:

- El abogado Gonzalo Linazasoro Campos.
- Los abogados José Miguel Poblete East y Alejandro Vicari Vicari.

- El profesor de Derecho Constitucional Patricio Zapata quien elaboró un Informe en Derecho titulado “La protección legal de la honra y la Constitución Política”.
- El señor Pedro Anguita Ramírez.

A su vez, en la audiencia pública celebrada el día 11 de enero de 2011 expusieron en contra de una eventual declaración de inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil, las siguientes personas:

- El señor Patricio Zapata Larraín en representación de la Federación de Medios de Comunicación Social.
- El señor Luis Pardo Sainz y la señora Carmen Luz Parra, por la Asociación de Radiodifusores de Chile, ARCHI.
- La señora Ángela Vivanco, por la Asociación Nacional de la Prensa.
- El señor José Miguel Poblete East.

También En cambio, en esa mis audeicn contra de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil y, en la audiencia verificada el día 12 de enero de 2011, se manifestaron las siguientes personas:

- El señor Gonzalo García Pino y la señora Mónica González, por el Centro de Investigación e Información Periodística (CIPER-Chile).
- El señor Mauricio León Cáceres, por la asociación gremial Libertades Públicas A.G.

En cambio, en esta misma audiencia, las siguientes personas estuvieron a favor de una declaración de inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil:

- El señor Gonzalo Linazasoro Campos.
- El señor Ciro Colombara Pérez.

El proceso respectivo concluyó por resolución de 24 de mayo de 2011, en la que se deja establecido que *“no se ha alcanzado en esta oportunidad el quórum exigido por el artículo 93, inciso primero, N° 7°, de la Constitución Política de la República para pronunciar sentencia de inconstitucionalidad total o parcial respecto del artículo 2331 del Código Civil. Procédase al archivo de los autos, dejándose constancia en los mismos de los motivos que cada uno de los Ministros estime pertinente consignar como fundamento de sus votos”* (Fojas 174).

### “CASO PÍLDORA”

Finalmente, interesa hacer referencia a un pronunciamiento que si bien no incide en la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, sino que en la inconstitucionalidad de un decreto supremo reglamenta-

rio aprobado por el Presidente de la República, demuestra la importancia que han tenido las audiencias públicas en los procedimientos de inconstitucionalidad sustanciados por el Tribunal Constitucional chileno.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia Rol N° 740, de 18 de abril de 2008, y luego de un proceso de alto impacto ciudadano, político y mediático, determinó la inconstitucionalidad de la distribución gratuita en el sistema público de salud de la denominada “píldora del día después”.

El proceso se inició por requerimiento de treinta y seis Diputados en ejercicio para que el Tribunal Constitucional, conforme a la competencia que le entrega el N° 16 del artículo 93 de la Constitución, declarara la inconstitucionalidad de todo o parte del Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, que aprobaba las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad” y que consultaban la distribución en los consultorios del Servicio Nacional de Salud, en forma gratuita, de la “píldora del día después”. En este caso, es posible apreciar cómo influyeron dichas audiencias y los antecedentes que se agregaron al proceso en la decisión final del Tribunal, teniendo en consideración que el tema constitucional en cuestión se relacionaba fuertemente con el debate científico que aun no es pacífico sobre los efectos abortivos o no de la píldora y de su componente levonorgestrel.

En este proceso, presentaron observaciones en sus calidades respectivas de órganos constitucionales interesados en la cuestión de constitucionalidad planteada, la entonces Presidenta de la República, señora Michelle Bachelet Jeria, quien instó por su rechazo, estimando constitucionales las normas del decreto impugnado, y el Contralor General de la República, quien emitió opinión más bien desde el punto de vista formal.

Asimismo, los Diputados requirentes acompañaron una serie de informes preparados por abogados, médicos y casas de estudios superiores. También, y aun sin ser partes legitimadas, diversas personas, entre ellas varios Diputados y organizaciones representativas de distintos sectores del quehacer nacional, hicieron presentaciones al Tribunal, el que decidió agregar al expediente los antecedentes o, en su caso, tener presentes las argumentaciones hechas valer.

Las presentaciones recibidas por el Tribunal a favor del requerimiento de inconstitucionalidad fueron de:

- Los señores Presidente y Secretario del Movimiento Ciudadano Muévete Chile.
- Una representante de la Red por la Vida y la Familia.

- Un representante de la Fundación Instituto de Estudios Evangélicos.
- Un abogado en su calidad de profesor de derecho constitucional.
- Un abogado y dos médicos en su calidad de profesores de la Universidad Católica de la Santísima Concepción.
- El Obispo de Rancagua en su calidad de Presidente de la Conferencia Episcopal de Chile.

Por su parte, realizaron presentaciones en contra del requerimiento:

- Dos abogados en representación de 358 personas que se calificaron como usuarios de métodos anticonceptivos.
- Un doctor, por sí y en representación del Instituto Chileno de Medicina Reproductiva.
- Una abogado en representación de 49 Diputados.
- Una abogado en representación de 30 Diputados.
- El Presidente y la Tesorera de la Asociación Chilena de Protección de la Familia.
- La Decana de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile.
- Un doctor en su calidad de Presidente Nacional del Colegio de Químicos Farmacéuticos de Chile (A.G.).
- Un doctor en su calidad de Presidente de la Asociación de Ginecólogos y Obstetras de la Región Metropolitana A.G..
- Una doctora como Presidenta de la Sociedad Chilena de Ginecología Infantil y de la Adolescencia.
- Una abogada en representación de diversos Diputados.
- Un abogado en representación de la Asociación Chilena de Protección de la Familia.
- Una persona en representación de la Asociación por los Derechos Civiles.

Varias de las personas, instituciones, organismos y grupos que hicieron presentaciones, concurrieron posteriormente a las audiencias públicas en que el Tribunal procedió a oírlos, con anterioridad a la vista de la causa.

En la sentencia Rol N° 740 –que alcanza 277 fojas– se contiene un apartado completo destinado a la anticoncepción hormonal de emergencia, indicándose que para decidir sobre la constitucionalidad del decreto supremo impugnado resulta indispensable precisar en qué consiste dicha anticoncepción (considerando 25°). Lo anterior se relaciona con lo declarado por el Tribunal en el considerando 21°, en que se sostuvo que *“es indudable que la naturaleza del conflicto constitucional que*

*ha de resolverse en esta oportunidad por el Tribunal Constitucional tiene como necesario fundamento los efectos que en los derechos constitucionales producen los métodos de anticoncepción hormonal que se objetan, no considerados en forma aislada, sino en cuanto forman parte del contenido de la norma obligatoria impugnada, lo que se aleja de un mero control abstracto de constitucionalidad que se reduce, exclusivamente, al contraste entre una norma infraconstitucional y aquella de máxima jerarquía positiva. Y es que la creciente complejidad de las cuestiones que deben abordar, en la actualidad, las jurisdicciones constitucionales lleva a que, en casos como el de la especie, el Tribunal deba ponderar ciertos hechos relacionados con la ciencia o con la técnica, a fin de arribar a una solución que, efectivamente, asegure la supremacía material y formal de la Carta Fundamental (...)*”.

En este sentido, la sentencia hace un amplio análisis de los informes acompañados al proceso y que dan cuenta del estado de la ciencia médica sobre el asunto, y concluye, entre otras consideraciones, que:

*“(...) como puede apreciarse, existen posiciones encontradas acerca de los efectos de la anticoncepción de emergencia cuando ellos se relacionan con impedir la implantación, puesto que la evidencia que provee la ciencia médica es contradictoria y no aparece rodeada de elementos que convengan definitivamente en orden a que ella no afectará la vida de un ser humano concebido aunque no nacido que merece plena protección constitucional según se verá más adelante. Lo anterior es particularmente destacable si, como ha quedado en evidencia en este proceso, los estudios realizados para demostrar –o descartar– tal efecto se han reducido a animales, resultando cuestionable –a juicio de los mismos especialistas– su práctica en seres humanos (...)” (considerando 33°);*

*Y que “(...) para estos sentenciadores, como para los que se han citado, la falta de consenso entre los especialistas y, por ende, la falta de certeza acerca de una de las posibles consecuencias de la anticoncepción de emergencia, como es que impida la implantación de un ser humano con las características propias de tal, resulta evidente. Tal evidencia tiene un impacto determinante en los efectos de la presente sentencia, pues incide, ni más ni menos, que en el momento mismo del comienzo de la vida de un ser humano que, como se explicará más adelante, el ordenamiento constitucional busca cautelar de manera preferente” (considerando 36°).*

En fin, el Tribunal determina que *“de los razonamientos que preceden, esta Magistratura sólo puede constatar que la evidencia científica allegada al presente proceso no permite excluir, en términos categóricos y concluyentes, la posibilidad de que la ingesta de la denominada ‘píldora del día después’, ya sea en su versión de progestina pura o en la del método combinado o de Yuzpe, no sea capaz de afectar la implantación de un óvulo fecundado*

*o de un embrión o, en definitiva, de un ser humano, en los términos que se han definido por la propia ciencia médica” (considerando 39°).*

Las consideraciones aludidas en el párrafo precedente son de la mayor relevancia toda vez que el Tribunal sentenció finalmente que, habiendo ponderado las opiniones del mundo científico en su debido mérito, y “*al margen de cualquier connotación ajena a criterios jurídico-constitucionales*” (considerando 62°), existía una duda razonable acerca del carácter abortivo de la píldora y por tanto de la posible afectación del derecho a la vida de quien ya es persona desde su concepción y, teniendo en cuenta los principios “*pro homine*” o “*favor libertatis*”, se debe “*(...) privilegiar aquella interpretación que favorezca el derecho de ‘la persona’ a la vida frente a cualquiera otra interpretación que suponga anular ese derecho*” (considerando 67°), acogiendo así el requerimiento y declarando inconstitucional la píldora del día después.

En el voto concurrente del Ministro Marcelo Venegas Palacios, también se aprecia el uso de la información científica acompañada al proceso, en base a la cual concluye que existe una posibilidad cierta de causar aborto en una proporción de las usuarias de la píldora.

La sentencia fue acordada con el voto disidente de los Ministros Juan Colombo Campbell, Hernán Vodanovic Schnake, Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes, destacando la disidencia de estos dos últimos Ministros en cuanto rechazan el requerimiento de inconstitucionalidad en todas sus partes porque:

*“hemos llegado a la convicción de que los métodos de anticoncepción hormonal de emergencia que se contienen en la sección 3.3. del Decreto aludido, no atentan en contra de la vida del que está por nacer ni contra la dignidad humanan”. Y agregan que “no son, sin embargo, las posiciones acerca de ese debate las que nos llevan a concordar esta disidencia, sino la convicción de que la evidencia invocada por los requirentes y la acumulada o mencionada en este proceso no permite sostener siquiera una duda razonable acerca de que los dos métodos de anticoncepción hormonal de emergencia contenidos en la sección 3.3. del Decreto Supremo impugnado sean capaces de impedir el desarrollo de un embrión humano. En los capítulos que siguen desarrollamos cómo llegamos a tal convicción. No negamos que los científicos sostengan una polémica respecto de los efectos del sistema anticonceptivo hormonal de emergencia, pero la existencia de tal polémica no es suficiente para sostener que exista una duda razonable acerca de los efectos antianidatorios o impeditivos del desarrollo del embrión humano. Tampoco lo son las leyendas o rotulaciones de los respectivos productos. Las dudas razonables respecto de los efectos nocivos de un producto farmacológico, cuando el mismo ha sido ya válidamente autorizado por autoridad competente, no*

*pueden fundarse en la mera formulación de una duda, en la constatación de la existencia de un debate o en una leyenda que declara como no descartable un efecto en un rótulo; sino en la existencia de evidencia científica que así lo justifique” (considerando 1); para concluir que “el adecuado funcionamiento de las instituciones democráticas y de los organismos competentes de decisión exige, a juicio de estos disidentes, que quienes impugnan la distribución de tales productos convengan, con evidencia científica, que ellos son efectivamente capaces de atentar en contra de la vida. En la especie, no lo logran y por eso disentimos del fallo” (considerando 1).*

#### **IV. CONCLUSIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA DEMOCRACIA Y DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO**

Dieter Nohlen ha sostenido que *“la jurisdicción constitucional tiene efecto sobre la consolidación de la democracia en América Latina, pero lo ejerce sufriendo ella misma el efecto de un sinnúmero de factores que condicionan su quehacer –especialmente el estado de su propia consolidación–”*<sup>110</sup>.

Tradicionalmente suele pensarse que las jurisdicciones constitucionales pueden apoyar a la democracia contribuyendo a que el país sea gobernado en forma democrática. Sin embargo, un enfoque de esa naturaleza parece seguir apegado a la idea de la Constitución como un mero límite al ejercicio del poder del Estado.

Sin embargo, el desarrollo de la denominada “constitucionalización del derecho” ha supuesto el tránsito desde un constitucionalismo centrado en el Estado a otro centrado en la persona. Se trata, esencialmente, de un cambio de eje que repercute en la misma idea de Constitución y que, sin duda, tiende al fortalecimiento de la democracia, pues supone una revalorización de la dignidad humana y de los derechos que de ella emanan.

En ese contexto, pareciera que los procesos tendientes a declarar la inconstitucionalidad de la ley no pueden seguir reducidos a una contienda entre partes que sustentan una determinada pretensión procesal. Por el contrario, parece necesario que la consideración amplia de las personas que conforman la sociedad civil sea tenida en cuenta, pues, ine-

---

<sup>110</sup> NOHLEN, DIETER. “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia”. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 9, enero-junio 2008, Editorial Porrúa, México, 2008, p. 137.

vitablemente, serán impactadas por la eventual expulsión del precepto inconstitucional del ordenamiento jurídico. No debe olvidarse que en estos procesos constitucionales, la primacía del interés público identificada con la necesidad de depurar el ordenamiento jurídico y de garantizar efectivamente la supremacía de la Constitución genera un amplio consenso.

¿Cómo considerar tales intereses sin que las personas que los encarnan sean partes del proceso constitucional? Una forma concreta de hacerlo es, justamente, abriendo la posibilidad de que sean escuchadas en audiencias públicas dentro del proceso constitucional. Las opiniones y pareceres allí vertidos no pueden considerarse vinculantes para el Tribunal, pero sí pueden constituir valiosos elementos de juicio para resolver el conflicto normativo que se les ha sometido. Este enfoque resulta, por lo demás, congruente con la idea de que, en los procesos de inconstitucionalidad, atendido el conflicto esencialmente normativo que suponen, no resulta necesaria la prueba.

Ése es el criterio con que ha procedido últimamente el Tribunal Constitucional chileno en la convicción de que, a través de esta vía, el proceso constitucional se legitima íntegramente ante la sociedad, al tiempo que favorece la nueva concepción del ciudadano como coagente, copartícipe y corresponsable de los asuntos colectivos en una democracia sustantiva más que formal donde la jurisdicción constitucional tiene también un activo rol en el fortalecimiento del Estado de Derecho, pero, también, de la democracia.

## **PRESENTACIÓN DE LA OBRA “DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL AMERICANO Y EUROPEO”<sup>111</sup>**

---

Pocas veces, en el desarrollo de la vida académica, un profesor universitario tiene un privilegio como el que me ha sido conferido en esta oportunidad.

Hace ya unos meses atrás, el profesor Víctor Bazán, amigo entrañable de nuestra Facultad y, en particular, de su Departamento de Derecho Público, me planteó la posibilidad de efectuar el lanzamiento oficial de la obra coordinada por él, “Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo”, Tomos I y II, editada por Abeledo Perrot, en nuestro país, aprovechando su participación en la X versión del Seminario Temas Constitucionales de Actualidad.

No dudé en plantearle esta posibilidad a nuestro Decano entendiendo que más que una posibilidad se trataba de una gran oportunidad para nuestra Casa de Estudios. Lo anterior, porque, al ser una de las colaboradoras de esta obra, había recibido, anticipadamente, los dos tomos y ya me había sorprendido su magnífica impresión, pero, por sobre todo, el alto nivel de su contenido.

De allí que mis primeras palabras son de gratitud. Gratitud al profesor Víctor Bazán por haber elegido nuestra sede para lanzar su obra y gratitud, también, a nuestro Decano, por haber comprendido la importancia que tenía este acto, apoyándonos en su realización.

Sólo lamento que no puedan acompañarnos, hoy día, los demás profesores, de diversos países, que, con sus aportes, han dado vida al Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo. Sin embargo, desde aquí, les testimoniamos también nuestro reconocimiento y gratitud.

---

<sup>111</sup> Texto de la presentación realizada en el Salón Aquiles Portaluppi de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile el 8 de septiembre de 2010.

Ciertamente, la tarea de reseñar una obra de esta magnitud constituye todo un desafío. Quisiera referirme en detalle a cada uno de sus artículos. Sin embargo, ello agotaría todo el tiempo de esta ceremonia e impediría que se despertara en ustedes la suficiente curiosidad por leer la obra completa.

Por ello, quisiera dividir mi presentación en dos partes: la primera, será una reseña de los aspectos más relevantes de la obra coordinada por el profesor Bazán. La segunda, un planteamiento, desde Chile, y desde mi particular experiencia como jueza constitucional, sobre el aporte que esta obra puede realizar frente a temas procesales constitucionales que ha suscitado el desarrollo de la llamada “tercera etapa” del Tribunal Constitucional de nuestro país.

Así, comienzo con la reseña de la obra recordando que una de las características del mundo en que hoy nos movemos es la interdisciplinarietà. Ésta se encuentra presente en el acercamiento entre disciplinas que, difícilmente, habrían concitado puntos de contacto hasta hace poco tiempo. Así ocurre con los campos de la bioética y de la responsabilidad médica que conectan la medicina y el derecho o entre la misma medicina y la música a través de las nuevas técnicas de musicoterapia.

La interdisciplinarietà también ha golpeado las puertas del mundo del derecho. Ello se expresa, desde luego, en las crecientes interrelaciones entre el derecho público y el derecho privado, ramas concebidas por Ulpiano como manifestaciones de ámbitos normativos totalmente diversos: uno referido a la “cosa pública” y, más específicamente, a la regulación de las relaciones entre quienes están dotados de poder o autoridad y los particulares. En tanto, el derecho privado apuntaba sólo a la regulación de las relaciones suscitadas entre estos últimos.

La interdisciplinarietà, al interior del derecho, es aún más profunda en nuestros días. Se ha extendido a sus diversas ramas que han visto la necesidad de nutrirse, respectivamente, de los aportes provenientes de las demás.

La obra que hoy presentamos constituye, precisamente, una muestra de ese acercamiento interdisciplinario entre distintas ramas del derecho, en este caso, entre el derecho procesal y el derecho constitucional.

El coordinador del libro, profesor Víctor Bazán, cita, en su artículo sobre “El derecho procesal constitucional en el siglo XXI: Actualidad y desafíos”, la opinión del catedrático italiano Lucio Pegoraro, para resaltar que la nueva disciplina del “derecho procesal constitucional” constituye un área *“donde la forma y el procedimiento, la ratio en lugar de la oratio, el mismo poder de los jueces ante el poder político han contribuido a fortalecer las instituciones democráticas y a impulsar cambios constitucionales (...)”*.

Por su parte, el artículo del profesor peruano Domingo García Belaúnde indica que, en cuanto al origen de la disciplina del derecho procesal constitucional, resulta ineludible volver la vista hacia la obra de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, “Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales”, editada en el año 1933, en la que cita a Hans Kelsen, como el fundador de una auténtica jurisdicción constitucional, refiriéndose también al proceso constitucional que se tramitaba ante el aludido Tribunal de Garantías.

Por lo tanto, independientemente de la polémica doctrinal acerca de si la correcta denominación de esta nueva disciplina es la de **“derecho procesal constitucional”** –sostenida, entre nosotros, por el ex Presidente del Tribunal Constitucional, Juan Colombo– o de **“derecho constitucional procesal”** –sustentada por el también ex Presidente de dicha Magistratura, José Luis Cea–, lo cierto es que la materia de la que trata la obra que hoy presentamos tiene que ver con la importancia de los procesos constitucionales como las vías o caminos para hacer efectivas las principales funciones de la justicia constitucional de la libertad, de la justicia constitucional orgánica y de la justicia constitucional transnacional, si seguimos la clásica arquitectura de Mauro Capeletti.

Entre nosotros, el profesor Andrés Bordalí ya había sostenido, hace un tiempo atrás, que *“si se puede hablar en el derecho chileno de una disciplina bajo el rótulo de Derecho Procesal Constitucional, es para identificar un área de estudio que, partiendo de la unidad del proceso y utilizando los conceptos y principios fundamentales acuñados por la ciencia procesal, analice el proceso y los procedimientos por medio de los cuales tanto el Tribunal Constitucional como los tribunales ordinarios controlan la supremacía constitucional y la tutela de los derechos fundamentales”*.

No cabe duda, entonces, que el libro coordinado por el profesor Víctor Bazán no sólo se inserta dentro de una de las tendencias más importantes de nuestro siglo –la interdisciplinariedad– sino que, además, da cuenta de la trascendencia que ha ido adquiriendo la justicia constitucional, que es la expresión que, en torno a esta nueva disciplina, se ha ido adoptando en Europa, tal y como da cuenta el artículo de Eduardo Ferrer McGregor.

Es ésta, probablemente, la obra más completa de los últimos tiempos en esta materia, luego de los 12 tomos que, bajo el sello Editorial de Marcial Pons, se publicaran en el año 2008, para homenajear a uno de los padres del Derecho Procesal Constitucional en América Latina, el maestro mexicano Héctor Fix Zamudio.

Expresa, por lo demás, el grado de avance que ha experimentado la disciplina del derecho procesal constitucional que, en nuestro país, im-

pulsó, pioneramente, el ex Presidente del Tribunal Constitucional, Juan Colombo Campbell, y que se refleja, entre otros, en su trabajo “Funciones del Derecho Procesal Constitucional”, publicado por la Revista *Ius et Praxis*, en el año 2002.

En nuestro Programa de Magister en Derecho, esta nueva disciplina se ha visto especialmente reflejada en el Taller Justicia y Constitución, impartido, en los últimos años por el ex Ministro del Tribunal Constitucional, Ricardo García Rodríguez y por el Relator de esa Magistratura, Jaime Silva Mac-Iver. Sin perjuicio de ello, dos Ministros y una Relatora del Tribunal Constitucional imparten cursos sistemáticos en dicho Programa trasladando la experiencia del ejercicio de la judicatura a las aulas para su análisis y evaluación.

Pero volviendo a la obra que hoy nos convoca, debo añadir que el esfuerzo de coordinación emprendido por el profesor Bazán merece destacarse en toda su dimensión. No sólo reunió a catedráticos de indiscutido renombre en América Latina y Europa, sino que desarrolló una metodología de agrupamiento de las temáticas que es digna de elogio:

- La identidad, denominación y autonomía del derecho procesal constitucional.
- Cuestiones relativas a la interpretación del derecho que plantea el constitucionalismo contemporáneo y su impacto en la interpretación constitucional.
- Numerosos aspectos y problemas novedosos o reciclados surgidos del control de constitucionalidad en sus diversas variantes.
- La rica y polifacética temática de los procesos constitucionales.
- El Derecho Procesal Constitucional y las vías de protección efectiva de los derechos constitucionales.
- La variedad de sentencias constitucionales que hoy es posible identificar y que modulan los órganos de cierre de las respectivas jurisdicciones constitucionales.
- El Derecho Procesal Constitucional que vincula a los tribunales locales y a los tribunales internacionales, particularmente en torno a los derechos humanos, unido a los tópicos del control de constitucionalidad y al control de convencionalidad, que cada día parece adquirir mayor vigor.
- Por último, el tema de las jurisdicciones constitucionales locales y su articulación con las estructuras federales en las formas de Estado complejas.

La sola enunciación de las temáticas contenidas en esta obra da cuenta de su vastedad. En mi opinión, estamos frente a un verdadero tratado del constitucionalismo del siglo XXI que va más allá de la sola temática procesal constitucional.

Esta apreciación se confirma, por ejemplo, al examinar el artículo del profesor peruano José Palomino Manchego, quien parte su examen de la supremacía constitucional y del sistema de fuentes del derecho, afirmando que *“para ingresar al mundo del derecho constitucional, prima facie, se requiere de modo inexcusable una conceptualización previa del contenido y alcance de la palabra Constitución”*.

A la misma conclusión se arriba al leer el artículo del profesor costarricense, Marvin Carvajal, titulado “Control de constitucionalidad y judicialización de la política en Costa Rica”, que recuerda, a su vez, el magnífico artículo del profesor alemán Dieter Nohlen, sobre la relación entre Democracia y Constitución, publicado en la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional del año pasado. Uno y otro estudio apuntan, en definitiva, a la importancia que las jurisdicciones constitucionales han ido adquiriendo en la consolidación de democracias sustanciales y no sólo formales.

Por su parte, debe destacarse que la obra que hoy presentamos aborda temas de indiscutible novedad, entre los cuales quisiera citar solamente el artículo sobre “La quinta generación de los derechos fundamentales”, del profesor de la Universidad de Lisboa, Paulo Bonavides, que gira en torno al derecho a la paz.

En la misma situación se encuentra el interesante artículo sobre “La Doctrina del Margen de Apreciación Nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” del profesor español Javier García Roca. En él, el lector podrá examinar el desarrollo jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo en torno a la crucial pregunta: ¿Cuándo debemos avanzar en integración o respetar las diferencias nacionales? Coincidirán ustedes conmigo en que éste es uno de los dilemas básicos que el desarrollo del proceso de globalización ha traído consigo a partir de la creciente interacción que supone.

El amplio catálogo de artículos referidos, por su parte, a diversos procesos constitucionales sustanciados en países de América Latina y de Europa hace de esta obra un compendio de derecho comparado de ineludible consulta.

Me refiero, ahora, al aporte específico del Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo para la realidad de nuestra jurisdicción constitucional.

Podría partir con el artículo del profesor y ex Presidente de nuestro Tribunal Constitucional, José Luis Cea Egaña, que describe, con extraordinaria precisión, a mi juicio, la realidad actual de nuestra Magistratura y, particularmente, el resultado de la nueva integración definida por la reforma constitucional de 2005, lo que permite explicar la cantidad de votos particulares que suelen incluir nuestras sentencias. Se dice que esa proliferación de votos particulares dificulta desentrañar la decisión real del Tribunal. Escuché esta opinión, por ejemplo, con ocasión de la sentencia recaída en el requerimiento de inconstitucionalidad del decreto presidencial que aprobaba las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, Rol N° 740 (Caso “Píldora del Día Después”), donde el voto de mayoría de 5 Ministros registraba, a su vez, tres prevenciones, sin perjuicio de los votos disidentes de otros cuatro Ministros. Otro caso similar está constituido por la sentencia recaída en el control preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley modificatorio de la ley orgánica del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.288, que también presenta una cantidad apreciables de votos particulares.

Un segundo tema se refiere a la judicialización de la política. El reciente fallo del Tribunal Constitucional, que derogó una parte del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, Rol 1.710, generó un debate en la opinión pública, donde este tema estuvo muy presente. La pregunta giraba en torno a ¿por qué debe la Magistratura Constitucional revisar una política pública como la de salud? Y, si la revisa, ¿puede llegar a substituir, incluso preceptivamente, la expresión de voluntad del legislador democrático? ¿Cómo se afecta el necesario equilibrio entre las funciones del Estado, en un caso como éste? O ¿está el Tribunal Constitucional actuando más allá del principio de clausura del derecho público al decidir una cuestión que tiene ribetes que van más allá de lo estrictamente jurídico? Son alguna de las preguntas que pueden llevar a leer el interesante artículo de Marvin Carvajal, especialmente en la parte que sintetiza las reacciones destinadas a contener el activismo judicial.

En otro sentido, los avances que el libro coordinado por el profesor Bazán nos muestra en torno al nacimiento de cuerpos normativos especiales –como el Código Procesal Constitucional del Perú– nos suscita una mirada algo nostálgica, pues, en ese tipo de compendios, ciertas diferencias se presentan con gran claridad, a diferencia de lo que ocurre entre nosotros. Me refiero, a modo de ejemplo, a las diferencias entre precedente, efecto vinculante y cosa juzgada como efectos de las sentencias constitucionales, tema tratado en alguna otra oportunidad por el profesor venezolano Jesús María Casal. Lo mismo puede decirse respecto de las interrogantes que han surgido entre nosotros acerca de qué

es lo que **obliga en las sentencias constitucionales: sólo la decisión** o, también, **la *ratio decidendi***.

En el mismo sentido indicado, la reciente sentencia de inconstitucionalidad de una parte de un artículo de la Ley de Isapres planteó la ausencia de mecanismos normativos que permitieran modelar los efectos de tales decisiones que expulsan el precepto declarado inconstitucional del ordenamiento jurídico. En este punto, miramos con nostalgia mecanismos como los existentes en Brasil o Alemania, que permiten, por ejemplo, diferir la vigencia de la derogación operada por la sentencia hasta un plazo determinado que se le concede al legislador para que llene el vacío normativo que inevitablemente se produce.

En fin, éstas y otras sugerentes cuestiones despertará la atenta lectura de esta monumental obra destinada a la difusión de una disciplina que llegó para quedarse: el derecho procesal constitucional.



# LA CONSTITUCIÓN DE 1980 Y LA EXISTENCIA DE UN “BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD” EN CHILE<sup>112</sup>

---

## INTRODUCCIÓN

Una de las expresiones que hoy constituyen un nexo indiscutible entre el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional de los Estados es la del “bloque de constitucionalidad”.

En el caso de Chile, esta expresión no encontraba asidero en el texto original de la Constitución de 1980. Fue la reforma constitucional del año 1989<sup>113</sup>, la que abrió el camino para la utilización frecuente de la misma, tanto por la doctrina como por los justiciables. Dicha reforma agregó una frase al inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental –inmediatamente, a continuación de aquélla que sostenía que: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”*, señalando que: *“Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*.

Como puede observarse, la Constitución no utiliza, en la norma aludida, la expresión “bloque de constitucionalidad”. Tampoco lo hace ningún otro precepto de la Carta. Puede afirmarse, así, que la construcción de este concepto ha sido obra de la doctrina, precisamente, a partir del agregado introducido por la reforma constitucional de 1989.

Entre nosotros, es el profesor Humberto Nogueira, quien más se ha dedicado a difundir la expresión aludida sosteniendo que el “bloque

---

<sup>112</sup> Exposición realizada en el Seminario Internacional destinado a conmemorar el *Trigésimo Aniversario de la Constitución Política*. Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 5 de octubre de 2011.

<sup>113</sup> Ley N° 18.825.

de constitucionalidad” se encuentra integrado por “*el conjunto de derechos de la persona (atributos y garantías) asegurados por fuente constitucional o por fuente del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario y los principios de ius cogens), sin perjuicio de los derechos implícitos, expresamente incorporados ya sea por el propio texto constitucional por vía del artículo 29 literal c) de la CADH*”<sup>114</sup>. Agrega que, de acuerdo a este bloque, deben ser interpretadas las leyes y demás normas infraconstitucionales y que no es una tabla cerrada, sino que se encuentra abierta al aseguramiento de nuevas exigencias esenciales de la persona humana<sup>115</sup>.

Cabe observar, no obstante, que la tesis del profesor Nogueira en orden a impulsar la noción de un “bloque de constitucionalidad” en Chile no es unánime en la doctrina. Así, el profesor Francisco Zúñiga ha afirmado que: “*Pretender conferirle seudoforma y materialidad constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes a través de la noción de ‘bloque de constitucionalidad de derechos’, no sólo incurre en yerros capitales anotados como prescindir de la Constitución y los principios de constitucionalidad, e impregnar la lectura hermenéutica constitucional de lastres iusnaturalistas e ideológicos, sino que importa un severo quebranto al principio democrático, ya encorsetado por el fruto del Poder Constituyente: la Constitución y sus instituciones ‘contramayoritarias’, en una democracia constitucional*”<sup>116</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno –así como la propia Constitución– ha estado ajena a la noción del “bloque de constitucionalidad”. Sin embargo, desde que la reforma constitucional del año 2005<sup>117</sup> confiara al Tribunal Constitucional la resolución de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales, se han deducido una serie de requerimientos en los que el actor invoca no sólo la infracción a normas contenidas en la Constitución, sino que también a otras que, aunque no formen parte de su texto, integrarían el “bloque

<sup>114</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. “El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina”. En: LLANOS, HUGO Y PICAND, EDUARDO (Coordinadores académicos). *Estudios de Derecho Internacional. Libro homenaje al profesor Santiago Benadava*. Tomo I. Editorial Librotecnia, Santiago, 2008, p. 280. También, del mismo autor, Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos. Editorial Librotecnia, Santiago, 2006, p. 244.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 281.

<sup>116</sup> ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. “Derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Apostillas sobre tratados y Constitución”. En: *Revista de Derecho Político*. Universidad Nacional de Educación a Distancia, N° 71-72, Madrid, enero-agosto 2008, pp. 826-827.

<sup>117</sup> Ley N° 20.050.

de constitucionalidad”. Algunos ejemplos son demostrativos de esta tendencia.

En un requerimiento deducido por el Juez del 7° Juzgado de Garantía de Santiago<sup>118</sup>, se planteó la eventual inaplicabilidad por inconstitucionalidad de diversas normas del Código de Justicia Militar que autorizan que personas civiles que han cometido delitos comunes puedan ser juzgadas por delitos militares. En el auto motivado, de 17 de enero de 2008, que fundamenta el requerimiento, el juez consigna lo siguiente:

*“(...) es un principio de interpretación que debe considerarse al momento de aplicar los derechos fundamentales, que la interpretación debe realizarse siempre en beneficio de la persona humana. Así, se entiende por lo demás del artículo 5 inciso 2 de la Constitución y se desprende (sic) la Convención Americana de Derechos Humanos. De este modo, para no incurrir en responsabilidad internacional, Chile al aplicar la jurisdicción militar, debe considerar la Carta Fundamental, los tratados internacionales de que es parte y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Documentos todos que nos llevan a concluir que la jurisdicción militar es excepcional y debe ser aplicada como tal y consecuentemente inconstitucional las normas que permiten a militares juzgar a civiles, porque infringen aquellas normas que a decir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Colombia integran el ‘Bloque de constitucionalidad’, sin duda uno de los mayores avances jurisprudenciales de Latinoamérica se ha efectuado en Colombia de la mano de su Tribunal Constitucional quien se ha convertido en un garante de las normas que rigen el estado de derecho (...)” (Fojas 7).*

Lo mismo sucedió en un requerimiento deducido por un particular respecto de diversos artículos de la Ley N° 19.970, que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN<sup>119</sup>, a fin de que en el recurso de protección que se encontraba pendiente, no se aplicaran tales preceptos obligando al requirente a facilitar la extracción de su huella genética para incorporarla al Sistema Nacional de Registros de ADN. Fundamentando las diversas infracciones constitucionales que la aplicación de los referidos preceptos produciría en la resolución de la gestión pendiente, se argumenta que una de esas infracciones se refiere al derecho a la privacidad consagrado en el artículo 19 N° 4° de la Constitución Política. Se vincula dicha norma también a los artículos 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos señalando que *“todo esto deja en evidencia que el derecho a la privacidad está*

<sup>118</sup> Rol N° 1029-08.

<sup>119</sup> Rol N° 1365-09.

*plenamente consagrado en el sistema de derechos humanos internacional e interamericano como también en el chileno, con lo que se puede afirmar que es parte del **bloqueo constitucional** que limita la soberanía estatal de acuerdo al ya citado artículo 5 de la CPR”* (Fojas 9).

Por su parte, en requerimiento interpuesto el 8 de octubre de 2008<sup>120</sup>, otro particular impugnó la norma contenida en el artículo 161 N° 10 del Código Tributario, referido al proceso de recopilación de antecedentes que puede realizar el Servicio de Impuestos Internos en el contexto de las labores fiscalizadores que le competen y que le permiten ordenar la aposición de sellos así como la incautación de los libros de contabilidad y demás documentos relacionados con el giro del negocio de un presunto infractor. Lo anterior por estimar que su aplicación en la causa criminal por supuestas infracciones tributarias que substanciaba el 9° Juzgado de Garantía de Santiago infringía diversos preceptos constitucionales, entre ellos, el artículo 19, N° 3°, inciso quinto, de la Carta Fundamental, que asegura el debido proceso legal. Se sostuvo por el requirente, en esa ocasión, que *“el derecho a la presunción de inocencia forma parte del **bloqueo constitucional** de derechos, porque está asegurado y garantizado tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Tales derechos, de acuerdo al artículo 5° inciso 2° de la Constitución, constituyen límites a la soberanía, debiendo ser asegurados y promovidos por todos los órganos del Estado”* (fojas 27).

Estas constantes invocaciones a la existencia de un “bloque de constitucionalidad” en Chile, sobre todo, a partir de la reforma constitucional de 1989, son las que nos han llevado a preguntarnos si hoy es posible sostener la existencia de tal bloque en Chile, en comparación con la realidad de países como Francia y España, en Europa, o como el caso de Colombia, en América Latina. También nos pareció interesante constatar si la presencia de tal bloque –en caso afirmativo– representaría un cambio constitucional significativo al cabo de treinta años de vigencia de la Carta Fundamental.

## ORIGEN DE LA EXPRESIÓN “BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD”

Normalmente se ha sostenido que la expresión “bloque de constitucionalidad” se origina en Francia. Por un lado, de la mano del aporte doctrinal efectuado por profesores como Louis Favoreu y el propio Maurice

<sup>120</sup> Rol N° 1246-08.

Hauriou y, por otro, a raíz de la evolución experimentada por la jurisprudencia del Consejo Constitucional a partir de los años setenta. Como señala el propio profesor Favoreu, “*la expresión ‘principio de constitucionalidad’ se encontraba ya desde 1928 en la tesis de Charles Eisenmann, en cambio la de bloque de constitucionalidad no figuraba en ella*”<sup>121</sup>.

La idea de “bloque” –que supone solidez y unidad– parte desarrollándose, a juicio del mismo profesor Favoreu, a partir de la noción de “bloque de legalidad” acuñada en el ámbito del Derecho Administrativo. Esta idea de bloque permitía designar, por encima de las leyes, a todas las reglas que se imponían a la Administración en virtud del principio de legalidad y que no eran de la misma naturaleza de aquéllas, ya que un cierto número tenía un origen jurisprudencial, específicamente, en el caso de los principios generales del Derecho. De esta forma, el “bloque de legalidad” permitía el control de los actos administrativos teniendo en cuenta no sólo las normas de rango legal *stricto sensu*, sino que ciertos principios que se unían a ellas para efectos de dar un carácter integral a dicho control bajo una inspiración de legalidad material y no simplemente formal. Es a partir del aludido bloque de legalidad que surge la noción de bloque de constitucionalidad para designar al conjunto de principios y reglas<sup>122</sup> de valor constitucional<sup>123</sup>.

En el año 1927, el profesor Maurice Hauriou había expresado en sus Principios de Derecho Público y Constitucional, que “*las libertades públicas no constan en la Constitución escrita pero forman parte de la superlegalidad constitucional porque constituyen un elemento de la legalidad constitucional que está por encima de la misma Constitución escrita*”<sup>124</sup>.

El concepto explicado fue aceptado y utilizado primeramente por la doctrina para, finalmente, terminar siendo recogido por la jurisprudencia

<sup>121</sup> FAVOREU, LOUIS Y RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. *El bloque de la constitucionalidad*. Editorial Civitas, S.A., 1991, p. 19.

<sup>122</sup> Conviene recordar que uno de los máximos exponentes de la diferencia entre principios y reglas constitucionales e, en la actualidad, el profesor alemán Robert Alexy, para quien “*las reglas son normas que obligan, prohíben o permiten algo en forma definitiva. (...) Su forma de aplicación es la subsunción*”. Los principios, en cambio “*son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización*”. CLÉRICO, LAURA, SIECKMANN, JAN R. Y OLIVER-LALANA, DANIEL (Coords.) *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Editorial Comares, Granada, 2011, p. 2.

<sup>123</sup> FAVOREU Y RUBIO LLORENTE. Ob. Cit., p. 20.

<sup>124</sup> Citado por MANILI, PABLO LUIS. *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional argentino*. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 285.

cia. Dos decisiones del Consejo Constitucional francés resultan decisivas para corroborar esta afirmación. En primer lugar, la Decisión 71-44, de 16 de julio de 1971, sobre la libertad de asociación, en la cual se examinaron los artículos 5 y 7 de la ley de 1° de julio de 1901 relativa al contrato de asociación, concluyendo que ellos no se ajustaban a la Constitución por infringir el principio de la libertad de asociación a la luz de “*los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y solemnemente reafirmados por el Preámbulo de la Constitución que elevan al rango de principio la libertad de asociación*”<sup>125</sup>.

En segundo término, la Decisión 73-51, de 27 de diciembre de 1973, destinada a examinar la constitucionalidad de los artículos 61 y 62 de la Ley de Finanzas del año 1974, donde se afirmó que la última de las disposiciones mencionadas “*podía atentar contra el principio de la igualdad ante la ley contenido en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y solemnemente reafirmado por el Preámbulo de la Constitución*”<sup>126</sup>.

Como se aprecia, en decisiones como las mencionadas, el Consejo Constitucional francés empieza a aludir a ciertos principios que se erigen en un medio útil y necesario para designar todo lo que tiene valor constitucional, como es el caso de los principios de separación de funciones del Estado, de continuidad de los servicios públicos y el derecho de defensa en materia no penal.

A partir del año 1976, el Consejo empleó, derechamente, la expresión “principios de valor constitucional” para designar normas no derivadas directamente del texto constitucional, sino que de textos diferentes como es el caso de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, y del Preámbulo de la Constitución de 1946<sup>127</sup>. Cabe hacer notar, con todo, que estos dos documentos, se encuentran mencionados expresamente en el Preámbulo de la Constitución francesa de la V República de 1958, que expresa: “*El pueblo francés proclama solemnemente su respeto por los derechos del hombre y los principios de la soberanía nacional, tal como han sido definidos por la declaración de 1789, confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946*”.

Este último punto resulta particularmente importante de hacer notar, pues George Vedel, que se incorporó como miembro del Consejo Constitucional, en febrero de 1980, intervino en las IV Jornadas Jurídicas Franco-Alemanas, en el año 1984, afirmando que “*la mayor garantía de la estabilidad, si no de la perennidad, de la jurisprudencia constitucional radica en*

<sup>125</sup> Considerando N° 2 de la Decisión 71-44, de 16 de julio de 1971.

<sup>126</sup> Considerando N° 2 de la Decisión N° 73-51, de 27 de diciembre de 1973.

<sup>127</sup> MANILL. Ob. Cit., p. 22.

*el hecho de que el Consejo Constitucional, puesto celosamente en guardia contra el peligro del ‘gobierno de los jueces’, no se considera dueño de las fuentes del Derecho Constitucional”. Agregaba que “toda la Constitución, nada más que la Constitución, tal parece ser el campo de las reglas aplicables por el juez constitucional francés”.*

En esta misma línea de pensamiento, Favoreu concluye que, a partir del año 1989, *“el bloque de constitucionalidad stricto sensu se compone exclusivamente de textos de nivel constitucional, a saber, la propia Constitución, la Declaración, el Preámbulo y las ‘leyes de la República’, en la medida que sean portadoras de ‘principios fundamentales’”*<sup>128</sup>.

El profesor argentino Pablo Luis Manili precisa que los componentes del bloque de constitucionalidad, según la jurisprudencia del Consejo Constitucional Francés, serían: a) La propia Constitución; b) La Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789; c) El Preámbulo de la Constitución de 1946; y d) Los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República<sup>129</sup>.

Al tenor de lo expresado, el valor constitucional de los tres primeros instrumentos jurídicos no puede ponerse en duda. Sin embargo, la posición de “los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República” no se encuentra tan clara, porque ellos no han sido expresamente enunciados en el Preámbulo de la Constitución de 1958. Edgar Carpio sostiene que de ello no puede deducirse que carezcan, formalmente, de valor constitucional. Profundizando en esta idea indica que *“el carácter constitucional que hoy se acepta poseen dichos principios, se explica por un proceso de reconocimiento en la Carta de 1958 que podríamos catalogar como de ‘a doble grado’. En efecto, como ya se ha tenido oportunidad de advertir, la Constitución del General de Gaulle reconoció y otorgó valor normativo-constitucional al Preámbulo de la Constitución de 1946. Este último Preámbulo, a su vez, hace referencia a los denominados ‘principios fundamentales reconocidos en las leyes de la República’. De manera que al restablecerse la vigencia del Preámbulo de la Carta del 46, simultáneamente se restableció la vigencia de aquellos ‘principios generales reconocidos en las leyes de la República’”*<sup>130</sup>.

Aun cuando la alusión al origen francés de la expresión “bloque de constitucionalidad” es mayoritaria hay quienes, desde la doctrina, postulan que el origen de este concepto tiene antecedentes aun más re-

<sup>128</sup> Ibidem, pp. 23-24.

<sup>129</sup> MANILI. Ob. cit., p. 287- 293.

<sup>130</sup> CARPIO MARCOS, EDGAR. “Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes”. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 4, 2005, p. 86.

motos. Entre ellos se encuentra Luis Francisco Casas, quien recuerda que la Suprema Corte de los Estados Unidos, interpretando el texto de la enmienda XIV y a propósito de la referencia que en ella se hacía a las “prerrogativas o las inmunidades de los ciudadanos” concluyó que la Carta de Filadelfia incluía un debido proceso sustantivo económico, continente de una serie de garantías como la libertad contractual, noción que le permitió anular la legislación social promulgada en las primeras décadas del siglo XX<sup>131</sup>.

Con todo, el desarrollo del concepto del “bloque de constitucionalidad”, más allá de su origen francés, ha llevado a distinguir entre “bloque *lato sensu*” que se encuentra integrado por disposiciones que tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias, aunque no gocen de rango constitucional. Su función es la de servir de referente necesario para la creación legal y para el control constitucional estando conformado por el articulado de la Constitución (incluido el preámbulo), las leyes estatutarias, las leyes orgánicas, algunos tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos que admiten ser limitados bajo estados de excepción, y los instrumentos internacionales sobre límites. En cambio, se habla de “bloque *stricto sensu*” para abarcar aquellos principios y reglas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, como es el caso de los tratados internacionales de Derecho Internacional Humanitario y aquellos sobre derechos humanos que no admiten suspensión durante situaciones de anormalidad<sup>132</sup>.

Puede agregarse que algunos autores llegan incluso más allá integrando, dentro de la noción de “bloque *lato sensu*”, a las normas que expiden los gobiernos locales. Este es el caso de Javier García Royo quien postula que “*las normas que puedan expedir estos gobiernos locales cumplen una función constitucional reservada*”, que si bien no termina asignándole un rango superior a la ley o a cualquier otra fuente estatal, sin embargo, sí proyecta “*una reserva de ley específica*” y “*realiza una función constitucional prolongada en el tiempo*”<sup>133</sup>.

Algunos seguidores de la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés, como Luis Francisco Casas, han sostenido, con todo, que ella ha sido muy prudente en la aplicación del denominado bloque de constitu-

<sup>131</sup> UPRIMNY, RODRIGO citado por CASAS FARFÁN, LUIS RODRIGO. “Bloque de constitucionalidad: Técnica de remisión de las Constituciones modernas”. En: *Revista Provincia*, número especial, Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela, 2006, pp. 177-178.

<sup>132</sup> RAMELLI, ALEJANDRO. Citado por OLANO. Ob. Cit., p. 233.

<sup>133</sup> Citado por CARPIO. Ob. Cit., p. 94.

cionalidad, “*pues sólo lo hace en tanto que exista un precepto que expresamente remita a un texto también determinado*”<sup>134</sup>.

Desde Francia, la noción de “bloque de constitucionalidad” pasó a España, ya no teniendo como primera fuente a la doctrina, sino a la propia jurisprudencia constitucional. El profesor Francisco Rubio Llorente sostiene que, en la sentencia del Tribunal Constitucional español 10/1982, puede encontrarse un primer antecedente jurisprudencial de la noción de “bloque de constitucionalidad”<sup>135</sup>. En dicha oportunidad se había deducido un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Generalidad de Cataluña 6/1981, de 19 de junio, reguladora del Consejo Asesor de Radiotelevisión Española. En su sentencia, el Tribunal Constitucional de España sostiene que la Constitución se remite, con carácter general, a los Estatutos para que éstos determinen las competencias autonómicas agregando que, en ocasiones, el encargo de definir competencias se condiciona en la Constitución o en los propios Estatutos, a lo que disponga una ley<sup>136</sup>.

El propio profesor Rubio Llorente afirma que “*ni en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ni en la obra de los pocos estudiosos que, hasta el presente, han dedicado alguna atención al tema hay elementos que permitan determinar con exactitud cuál sea el contenido de tal bloque ni cuál es el elemento o rasgo que lo constituye como tal, sin que, de otra parte (excusado es decirlo), exista definición o referencia normativa alguna del bloque en cuestión*”<sup>137</sup>.

No obstante esta afirmación destinada a mostrar el carácter ambiguo de la noción de “bloque de constitucionalidad”, el profesor Rubio Llorente sostiene que, sobre la base de la jurisprudencia de dicha Magistratura, puede sostenerse que el elemento definidor para convenir en la integración de ciertas normas o principios al referido bloque suele ser la función más que su naturaleza o estructura<sup>138</sup>. Así, argumenta que “*en la mayor parte de las decisiones que utilizan la expresión, la función determinante de la inclusión es la delimitación competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, una función, por tanto, intrínseca a la norma de la que es finalidad u objeto propio*”. No desconoce, a su vez, que, en otras sentencias, el elemento determinante de la inclusión de una norma en el bloque es una función extrínseca a la norma misma y que sólo surge dentro del proceso por la

<sup>134</sup> CASAS FARFÁN. Ob. cit., p. 179.

<sup>135</sup> FAVOREU Y RUBIO LLORENTE. Ob. Cit., p. 97.

<sup>136</sup> STC 10/1982. En: [http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos). (Consultado el 27 de septiembre de 2011).

<sup>137</sup> FAVOREU Y RUBIO LLORENTE. Ob. Cit., pp. 96-97.

<sup>138</sup> Ibidem, p. 97.

relación que en él se establece entre ella y la norma cuestionada de inconstitucionalidad ante el Tribunal. Desde este último punto de vista, se trataría de normas que ni están incluidas en la Constitución ni delimitan competencias, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen<sup>139</sup>.

Pablo Luis Manili explica que la introducción del concepto de “bloque de constitucionalidad” en España tiene una causa y una razón histórica claramente identificable: *“la Asamblea Constituyente que culminó con la sanción de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE) que actualmente rige al reino de España, no incluyó en el texto constitucional lo atinente a las autonomías regionales. Debido a lo espinoso del tema y a la falta de acuerdo entre las distintas fuerzas políticas representadas en la asamblea, se pospuso el debate sobre el grado de autonomía de las distintas comunidades que conviven en España (País Vasco, Cataluña, Andalucía, etc.) y sobre el reparto de competencias entre los gobiernos de las mismas y el gobierno central. Podría decirse que el poder constituyente español no agotó su misión con la sanción de la constitución de 1978, sino que delegó en otros órganos la culminación de la tarea, en lo referido a las autonomías”*<sup>140</sup>.

Sobre la base de esta explicación histórica, el profesor argentino indica que el bloque de constitucionalidad español se encuentra integrado por: a) Las normas contenidas en la Constitución o “normas primarias” contenidas en el Título VIII de la Constitución que se refiere a la Organización Territorial del Estado; b) algunas normas contenida en los Estatutos de Autonomía o “normas constitucionales secundarias” que aluden a la delimitación de competencias entre las comunidades y el gobierno central; c) normas de rango subconstitucional como aquéllas que la Constitución autoriza expresamente a las Comunidades Autónomas a dictar, las normas cuyo dictado la Constitución permite que sea delegado por los órganos estatales a las Comunidades Autónomas y las normas que ingresan al bloque por remisión de los Estatutos de Autonomía. Agrega Pablo Luis Manili que *“nada hay en el bloque de constitucionalidad español referido a derechos humanos o a derechos fundamentales”*<sup>141</sup>.

Resulta interesante, a nuestro juicio, este criterio de inclusión de normas o principios en el bloque de constitucionalidad. Como se ha visto, el elemento definitorio ya no es el “valor materialmente constitucional” de las normas, esto es, su rango jerárquico que, claramente, permite controlar a las normas infraconstitucionales, como ha demostrado la evolu-

<sup>139</sup> Ibidem, pp. 98-99.

<sup>140</sup> MANILI. Ob. Cit., p. 303.

<sup>141</sup> MANILI. Ob. Cit., pp. 304-306 y 319.

ción del bloque de constitucionalidad en Francia, al menos, en un sentido *stricto sensu*. Se trata, más bien, de un criterio distinto del jerárquico que alude al ámbito competencial confiado a cada norma, el que debe ser recíprocamente respetado para que funcione la delicada relojería del Estado de Derecho. A nuestro juicio, la inclusión de determinadas normas en el bloque de constitucionalidad español parece haber seguido el mismo criterio delimitador de las leyes orgánicas y de las leyes comunes que es, precisamente, el principio de la competencia.

Si bien, siguiendo a Manili, no es posible incluir en el bloque de constitucionalidad español, normas referidas a derechos humanos y derechos fundamentales, hay quienes, refiriéndose a dicho bloque agregan que, a propósito de su estudio, *“vale la pena destacar el artículo 10.2 de la carta política española que advierte que: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España” (Constitución española de 1.978). Obsérvese que en este punto, a diferencia de lo que se hace con los estatutos de autonomía, se hace una alusión genérica a tratados y acuerdos sobre derechos humanos, sin entrar a definir exactamente cuales son, los que podría generar a priori la idea que se estaría ante una indeterminación que atenta contra la seguridad jurídica, conclusión que no compartimos, pues antes bien, esa remisión que hizo el constituyente español es de todas formas determinable y, por ende, bastará con mirar los contenidos de un tratado para catalogarlo como parte integrante o no del bloque de constitucionalidad”*<sup>142</sup>.

Aún cuanto el profesor venezolano Casas Farfán parece extender el concepto del bloque de constitucionalidad español al parámetro hermenéutico que se desprende del artículo 10.2 de la Carta de 1978, ello lleva a forzar dicha noción más allá de lo que ha pretendido la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional de España que, por sentencia 38/1983, de 16 de mayo de ese año, se refirió, por primera vez, al artículo 28 de su propia ley orgánica como la norma que motiva la existencia del bloque de constitucionalidad señalando que *“cabe considerar que el alcance y contenido del ‘régimen electoral general’ según expresión del artículo 81.1 de la CE viene dado por lo que resulta del bloque de la constitucionalidad formado de acuerdo con el art. 28 de la LOTC*<sup>143</sup> *por la propia Constitución y los Estatutos de Autonomía”*<sup>144</sup>.

<sup>142</sup> CASAS FARFÁN. Ob. Cit., pp. 179- 180.

<sup>143</sup> El artículo 28 de la LOTC señala: *“Para apreciar la conformidad o desconformidad con la Constitución de una ley disposición o acto con fuerza de ley del estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará además de los preceptos constitucionales, las leyes que*

Así, más que un fundamento del bloque de constitucionalidad, la norma contenida en el artículo 10.2 de la Carta española de 1978 se erige como un parámetro de interpretación de los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce. Se une, de esta forma, a los parámetros propios de la hermenéutica constitucional como la regla del efecto útil, el método comparativo o el criterio finalista, otros criterios interpretativos provenientes del *corpus* del derecho internacional de los derechos humanos como es el caso del principio *pro homine* o del principio de progresividad, que amplían notablemente el abanico de elementos que el juez debe tener en cuenta al momento de decidir sobre la posible vulneración de un derecho fundamental. Desde este punto de vista, resulta evidente que el parámetro del control de la constitucionalidad se amplía, no por la vía de la ampliación del catálogo de derechos y libertades que la Constitución asegura, sino que a través de la extensión de los criterios hermenéuticos que debe utilizar el operador del derecho.

En el caso de América Latina, suele decirse que Colombia ha liderado el desarrollo del concepto de “bloque de constitucionalidad” a partir del texto expresa de su Constitución de 1991. Concretamente, el artículo 93 precisa que: “*Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*”.

El artículo 94 de la misma Carta indica, por su parte, que: “*La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos*”. Entretanto, el artículo 214.2 indica que: “*No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario*”.

La Corte Constitucional de Colombia empieza a utilizar la noción de “bloque de constitucionalidad” en el año 1995, en su sentencia C-578, indicando que “*siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior; esto significa que la incorporación de una*

---

*dentro del marco constitucional se hubieren dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas (...)*”.

<sup>144</sup> MANILI. Ob. Cit., p. 309.

*norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el derecho interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (C.P. art. 93). Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él”.*

Puede observarse que el texto del artículo 93 de la Constitución de Colombia es muy similar al del artículo 10.2 de la Constitución española en cuanto obliga a acudir a tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia para interpretar los derechos fundamentales. A pesar de ello, existe entre ambas normas una diferencia significativa: la norma colombiana alude al rango jerárquico de los tratados internacionales de derechos humanos planteado su prevalencia sobre el derecho interno, lo que no ocurre con la norma española. Incluso, como se ha visto, la Corte Constitucional de Colombia es cuidadosa al excluir de dicha prevalencia a los tratados que no son de derechos humanos.

En otros lugares de América Latina existen normas similares al artículo 93 de la Carta colombiana. Es el caso del artículo 46 de la Constitución de Guatemala de 1985, que estatuye la preeminencia del Derecho Internacional precisando que: “*Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno*”.

Asimismo, el artículo 75 numeral 22 de la Constitución argentina, modificada en el año 1994, enumera una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos afirmando que “*en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional (...) y deben entenderse complementarias de los derechos y garantías por ella reconocidos*”.

Especial mención merece la reforma introducida a la Constitución de México, en junio del presente año, consistente en la modificación de 11 artículos de la Carta Fundamental, la que, a juicio del Presidente de México, “*contempla a los derechos humanos en su dimensión más integral*”<sup>145</sup>. El artículo 1° de la Constitución precisa, en la actualidad, que:

<sup>145</sup> <http://www.elnuevoherald.com/2011/06/10/958583/mexico-promulgacion>. (Consultado el 10 de octubre de 2011).

*“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*

*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*

*Todas las autoridades en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley (...).”*

La reforma mencionada es digna de destacar, pues, si bien la doctrina había negado la existencia de un “bloque de constitucionalidad” en México, algunos sectores de ella habían adelantado que, con la aprobación de estas modificaciones constitucionales, se daría *“un gran paso hacia una adecuada protección de los derechos humanos, puesto que se vislumbra la implementación de un Bloque de Constitucionalidad, dado que un elemento de esta figura es la aparición de las normas de derechos humanos sin que estén expresamente en la Constitución. No obstante, aún carece de otros elementos que son básicos dentro del concepto de Bloque de Constitucionalidad (...). Se cumple con el primer elemento, que es la aparición no expresa de los tratados de derechos humanos (...). Otro elemento es la jerarquía que guardan los tratados de derechos humanos en relación a la legislación en su conjunto y se puede observar que en el texto del nuevo artículo 1<sup>o</sup>, no mencionada nada respecto de la jerarquía que deben tener los tratados en materia de derechos humanos (...). La remisión es otra característica del Bloque de Constitucionalidad (...) (el que) no se expresa en el texto del nuevo artículo 1<sup>o</sup>”*<sup>146</sup>.

Lo anterior, pese a que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de México, en materia electoral, había utilizado la figura del Bloque Constitucional en una sentencia del año 2007 sosteniendo que el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal junto con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos integra el bloque de constitucionalidad<sup>147</sup>.

<sup>146</sup> MORALES MORALES, ALEJANDRA VIRGINIA Y ODIMBA ON’ETAMBALAKO WETSHOKONDA, JEAN CADET. “La incorporación del concepto del Bloque de Constitucionalidad en materia de derechos humanos en México”. En: *Revista Prolegómenos*, Volumen XIV, N° 27, enero-junio 2011, pp. 143-144.

<sup>147</sup> Tesis 18/2007. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 15, 1641.

¿Qué puede concluirse de la evolución histórica del concepto de “bloque de constitucionalidad” a partir de su origen francés?

Primero, nos parece claro que esta noción nació como **un parámetro de control de la constitucionalidad de las leyes** con un criterio jerárquico. Esto es, se trataba de precisar el ámbito de las normas constitucionales con un criterio amplio considerando no sólo a aquéllas contenidas en el articulado de la Ley Fundamental sino que también a aquéllas aludidas en el Preámbulo de la Constitución que, en principio, no gozaba de una fuerza normativa directa. Con todo, puede sostenerse que todas las normas o principios integrantes del bloque tenían una referencia expresa en la Carta, aunque fuese por la vía indirecta.

Cuando la noción en estudio pasa a España, este criterio definidor del bloque no se altera: las normas que lo integran son **normas contenidas en la Constitución que delimitan competencias entre el Estado central y las Comunidades Autónomas** por expresa remisión de ella misma.

En América Latina, el concepto de “bloque de constitucionalidad” expresa, más bien, la intención del Constituyente de **atribuir rango constitucional** a determinadas normas situadas fuera del texto constitucional aunque por expresa remisión del mismo con particular referencia a los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Es esta última aproximación la que permitiría diferenciar entre una “Constitución formal” y una “Constitución material”. Como sostiene la profesora Bernardita Pérez Restrepo, *“por analogía conceptual la doctrina del bloque de constitucionalidad explica toda la preceptiva que debe entenderse incluida dentro del concepto de Constitución, y que sirve de parámetro para emitir juicios sobre la constitucionalidad de leyes y de las demás normas jurídicas; es por tanto lo que podríamos denominar y que conocemos en nuestro medio como Constitución en sentido material. La principal virtud de la teoría del bloque es que tiende a superar la concepción meramente formal o documental de la Constitución, con lo cual se ensancha también el espectro de herramientas interpretativas al servicio de los jueces para hacer valer la norma fundamental”*<sup>148</sup>.

<sup>148</sup> Citada por OLANO GARCÍA, HERNÁN ALEJANDRO. “El bloque de constitucionalidad en Colombia”. En: *Revista Estudios Constitucionales*, N° 1, año 3, Universidad de Talca, 2005, p. 236.

## ¿EXISTE UN CONCEPTO DE BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD APLICABLE EN CHILE?

Hernán Alejandro Olano García se refiere a la noción de bloque de constitucionalidad en Colombia afirmando que “*puede entenderse como un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental*”<sup>149</sup>.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha definido el concepto de bloque de constitucionalidad sosteniendo que está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reformas diversas al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*<sup>150</sup>.

Pese a la claridad de los conceptos recordados, lo cierto es que no existe una noción única de bloque de constitucionalidad. Antonio de Cabo de la Vega ha procurado sintetizar las diversas acepciones del “bloque de constitucionalidad” en torno a cuatro significados:

1. Como el conjunto de las “normas interpuestas”, esto es, como aquellas normas que no figurando en el texto constitucional, sirven de parámetro para determinar la constitucionalidad de otras normas, abarcando, incluso, los reglamentos de las Cámaras. Así, no existe nada en estas normas que las unifique si no es el hecho de que sirven para determinar la constitucionalidad de otras según lo dispuesto en la Constitución.
2. Como una forma de expresar la existencia de una “Constitución material” frente a una “Constitución formal”. Según esta acepción, el bloque derivaría su existencia de la no inclusión de toda la materia constitucional dentro de la última de las mencionadas.
3. Como el conjunto concreto de normas que sirve para enjuiciar la constitucionalidad de otra norma específica. El bloque surgiría aquí sólo en el evento de impugnación de una norma determinada.
4. Como la expresión de un ordenamiento complejo, como el español, con el objetivo de establecer una determinación aceptable de las nor-

<sup>149</sup> Ibidem. p. 231.

<sup>150</sup> Sentencia C-225-95.

mas de referencia o parámetros susceptible de regular el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas<sup>151</sup>.

En nuestro concepto, la forma de explicar esta diversidad de significados de la noción de “bloque de constitucionalidad” radica, precisamente, en los diferentes énfasis con que se ha desarrollado este concepto en Francia, en España y, posteriormente, en América Latina, desde la doctrina, pero, especialmente, desde la jurisprudencia constitucional.

Creemos, por otra parte, que el desarrollo del “bloque de constitucionalidad” responde, a la necesidad evidente de fortalecer la protección de los derechos humanos, no sólo de los derechos fundamentales, si se toma la terminología del profesor Antonio Pérez Luño<sup>152</sup>. Ha podido apreciarse, en efecto, que nuestras Constituciones reconocieron derechos como exigencias que provenían del constitucionalismo clásico, cual es el caso de los derechos de primera generación. Incluso, alcanzaron a abarcar los derechos de segunda y tercera generación más significativos. Aún así, la previsión del Constituyente parece no haber sido suficiente, en nuestros países, para cubrir nuevas exigencias y expectativas que tienen que ver, incluso, con la profundización en la protección de derechos tradicionales como es el caso del debido proceso legal.

Hasta hace breve tiempo atrás, nos conformábamos apelando al carácter frecuentemente indeterminado de los preceptos constitucionales, lo que exigía que el juez lo fuera dotando de contenido. Sin embargo, el *self restraint* –o autolimitación– que opera como principal límite a la actividad del juez constitucional se erigía como una verdadera amenaza frente a una interpretación demasiado amplia que, en lugar de precisar el sentido relativamente ambiguo de la Constitución, tendía a ir sustituyendo la voluntad del Constituyente.

Luego, la teoría del “bloque de constitucionalidad” parece ir ayudando al juez a precisar el sentido y alcance de los preceptos constitucionales, especialmente cuando juzga el valor de las normas infraconstitucionales, ampliando sus parámetros de interpretación en forma que potencie la vigencia efectiva de los derechos, pero facultado por la propia Constitución. Es, a nuestro juicio, una ampliación del contenido de la Constitución sin reformarla expresamente sino que acudiendo a la técnica de la remisión normativa. La legitimidad de este proceder es claro cuando dicha remisión está prevista en la propia Carta Fundamental, pero

<sup>151</sup> DE CABO DE LA VEGA, ANTONIO. “Nota sobre el bloque de constitucionalidad”. En: *Jueces para la democracia*, N° 24, 1994, pp. 58-60.

<sup>152</sup> PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos, Madrid, 2005.

no cuando proviene de una mera interpretación carente de sustento en ella, pues ello involucraría torcer o burlar la voluntad del Constituyente.

Al tenor de estas reflexiones, señalemos algunas ideas respecto del caso de Chile.

En primer término, **Chile no posee, en su Constitución, una referencia explícita al rango normativo de los tratados internacionales**, a diferencia de algunas de las Constituciones mencionadas en este estudio, como las de Colombia, Guatemala y Argentina. Ello explica las diferentes interpretaciones que ha suscitado la redacción de la frase agregada al artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, por la reforma constitucional de 1989. Como se sabe, el Tribunal Constitucional ha sentado una tesis en esta materia, en el Rol N° 346, referido al Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional<sup>153</sup>, que no ha sido modificada por la jurisprudencia posterior.

Es cierto que la reforma constitucional de 2005 incorporó, a la Ley Suprema, los aspectos esenciales de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, especialmente, en lo que dice relación con sus efectos entre las partes (artículos 26 y 27), lo cual obliga a reforzar, a nuestro juicio, el control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales, pero no altera la jurisprudencia constitucional en materia de rango normativo de los mismos.

En segundo lugar, Chile tampoco incluye, en su Carta Fundamental, una norma como la contenida en el artículo 94 de la Constitución de Colombia, en el sentido de que **los derechos garantizados por la Carta Fundamental no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella**. De aquí deduce algún sector de la doctrina la posibilidad de desarrollar “derechos implícitos” a partir de otros que sí contempla expresamente la Constitución. El Tribunal Constitucional chileno ha seguido esta tendencia en lo que se refiere, por ejemplo, al derecho de acceso a la información pública<sup>154</sup> y al derecho a la identidad personal<sup>155</sup>, pero no como

<sup>153</sup> En el considerando 75º de la sentencia recaída en el Rol N° 346, el Tribunal Constitucional chileno hizo suyas las expresiones vertidas por el profesor Alejandro Silva Bascuñán en el seno de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política en el sentido que *“dentro del ordenamiento jurídico chileno los tratados constituyen una jerarquía de normas que están por debajo de la Constitución, pero antes de la ley común y de todas las demás normas jurídicas que se dicten dentro del Estado, de manera, entonces, que debe prevalecer, en el derecho interno, todo el contenido de los tratados que regularmente se hayan tramitado y siempre que tal contenido esté dentro de los preceptos constitucionales”*.

<sup>154</sup> Rol N° 634-07.

<sup>155</sup> Rol N° 1340-09.

tales derechos implícitos, sino con apoyo en instrumentos internacionales de derechos humanos, en base al deber que se asigna a los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, de acuerdo a lo previsto en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta, según se explicará a continuación.

En tercer término, la última parte del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución **incorporó un verdadero parámetro interpretativo en materia de derechos fundamentales**, similar al que se contiene en el artículo 10.2 de la Constitución de España o en el recientemente reformado artículo 1° de la Constitución de México. De lo que se trata es de velar porque los órganos del Estado –entre los que se incluye el legislador– respeten y promuevan tanto los derechos esenciales de la naturaleza humana consagrados en la propia Carta como también en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. De allí que una interpretación acertada de este precepto es la que sostiene que ella ha venido a complementar el listado de derechos garantizados a todas las personas por el artículo 19 de la Constitución.

Al tenor de lo señalado, pierde sustento la tesis según la cual la reforma de 1989 elevó a rango constitucional los tratados de derechos humanos, simplemente porque no es eso lo que dice la Constitución. Más bien, lo que expresa, aunque no con la claridad deseada, es que deben respetarse y promoverse los derechos inherentes al ser humano, sin importar cuál sea la fuente –la Constitución o los tratados ratificados y vigentes– que los hayan reconocido y asegurado. Expresado en otros términos: el artículo 5°, en su inciso segundo, contiene una remisión normativa clara: no a cualquier tratado, sino que a los tratados que versen sobre derechos esenciales de la naturaleza humana que, además, hayan sido ratificados por Chile y se encuentren vigentes.

Por eso se explica, en nuestro concepto, que las sentencias de inaplicabilidad dictadas a partir del año 2006, por nuestro Tribunal Constitucional, no hayan acogido la referencia expresa al “bloque de constitucionalidad” planteado por algunos requirentes.

Bien podría decirse, para finalizar, que, en Chile, no existe un bloque de constitucionalidad al estilo colombiano. Incluso sería más correcto decir que no existen antecedentes de que el Constituyente de 1989, ni tampoco el del 2005, hayan tenido en vista la teoría del bloque al momento de ir ajustando la Carta Fundamental a las nuevas realidades, lo que no significa, en modo alguno, restar importancia a los derechos esenciales de la naturaleza humana contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, los que, claramente, complementan el listado de aquellos asegurados en el artículo 19 de la Carta Fundamental.

