

LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL EN CHILE: ASPECTOS FUNDAMENTALES SOBRE SU FUERZA VINCULANTE

*Constitutional decisions in Chile: Fundamental dimensions
of its obligatory force*

Humberto Nogueira Alcalá *

RESUMEN

El artículo analiza la sentencia emanada del Tribunal Constitucional chileno, en el contexto del sistema concentrado de control de constitucionalidad de preceptos legales que establece la reforma constitucional de 2005, como asimismo algunas reflexiones sobre las adecuaciones a la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Dicho análisis se centra en el valor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su eventual carácter vinculante para los demás órganos estatales.

PALABRAS CLAVE

Tribunal Constitucional, Sentencia Constitucional. Holding. Oviter dicta. Precedente. Fuerza persuasiva de sentencias.

* El autor es abogado, Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina la Nueva, Bélgica. Director del Centro de Estudios Constitucionales y del Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad de Talca, Campus Santiago. Chile. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional y Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Correo electrónico: nogueira@utalca.cl Recibido el 10 de abril de 2006. Aprobado el 15 de mayo de 2006.

ABSTRACT

In the context of the concentrated control of the constitutionality of legal norms established by the constitutional amendment of 2005, this article analyzes the standing of decisions emanating from Chile's Constitutional Court. Some reflections on the adjustment of the Organic Constitutional Act of the Constitutional Court to this amendment are also offered. Our focus is on the effects of the rulings of the Constitutional Court, and its possible obligatory effect upon all other organs of the state.

KEY WORDS

Constitutional Court. Constitutional decision. Holding. Obiter dicta. Precedent. Persuasive effectiveness of decisions.

1. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional chilena de 2005 en materia de jurisdicción constitucional ha cambiado el modelo de control de constitucionalidad vigente a ese momento, estableciendo un sistema concentrado de control de constitucionalidad de preceptos legales en un solo órgano: el Tribunal Constitucional.

La reforma pone fin al doble parámetro de control de constitucionalidad sobre preceptos legales existente en Chile a la fecha, el cual estaba en manos del Tribunal Constitucional a través del control preventivo y de la Corte Suprema de Justicia a través del control reparador, ex post o represivo con efectos "inter partes". La reforma constitucional establece al Tribunal Constitucional como el supremo intérprete de la Constitución para establecer el parámetro de control de constitucionalidad de preceptos legales, eliminando la competencia de la Corte Suprema para determinar la inaplicabilidad de preceptos legales regulado anteriormente a la reforma en el artículo 80 de la Carta Fundamental, como asimismo al establecer a través del control incidental de inaplicabilidad reparador, concreto y con efectos inter partes del artículo 93 N° 6, que todo tribunal ordinario o especial tiene la obligación de acudir al Tribunal Constitucional *de oficio* si estima que, en una gestión judicial de la que está conociendo, hay uno o más preceptos legales cuya *aplicación pueda resultar decisiva en la resolución de ese asunto, los cuales estima inconstitucionales*, sin perjuicio que dicha petición puede ser formulada también por cualquiera de las partes en la gestión judicial pertinente. Los jueces no pueden inaplicar por sí mismos preceptos legales, sino que deben seguir en la materia los parámetros determinados por el Tribunal Constitucional en sus fallos anteriores para casos análogos.

El análisis de la sentencia en este nuevo contexto jurídico constitucional no es un mero problema de carácter jurídico-procesal que permita trasponer mecánicamente los principios del procedimiento civil al procedimiento constitucional. En efecto, nos encontramos con un problema constitucional que exige considerar o reconsiderar los principios de derecho sustantivo constitucional que deben inspirar la atribución de efectos a las sentencias del Tribunal Constitucional.

Como recordaba Raúl Bocanegra, “la decisión sobre la naturaleza y el alcance de la vinculación de las decisiones constitucionales no supone otra cosa, en la práctica, que decidir, en una medida enormemente significativa, sobre la distribución de poderes entre los más altos órganos constitucionales, y decidir, en consecuencia, sobre un elemento esencial de la estructura constitucional, en cuanto que un grado mayor o menor de fijación o de vinculatoriedad de las resoluciones de un Tribunal de esta naturaleza –y frente a lo que ocurre en el proceso ordinario– despliega efectos cuya trascendencia vital sobre los demás órganos constitucionales y sobre la propia Constitución fácilmente se alcanza”.¹

El tema nos pone en un plano de derecho constitucional material, en que se deciden los valores que son prioritarios, el grado relativo de seguridad jurídica o de apertura a la revisión, como asimismo la fuerza vinculante de la interpretación constitucional hecha por el Tribunal Constitucional.

No debemos olvidar que la tarea de un Tribunal Constitucional además de la resolución de un conflicto coyuntural o concreto, es la de establecer criterios pacificadores hacia el futuro e impedir la sucesiva repetición de controversias, dotando de protección a la Carta Fundamental, a través de una adecuada interpretación de ella.

El derecho procesal constitucional es un derecho procesal de un tipo especial, el cual se resiste a recibir principios y desarrollos procedimentales concretos del procedimiento general, ellos necesariamente deben pasar por el colador del derecho constitucional material, dotando al proceso constitucional de categorías jurídico-procesales diferentes.

2. LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

En los países que tienen una jurisdicción constitucional concentrada, la sentencia del Tribunal o Corte Constitucional adopta el carácter de cosa juzgada

¹ Bocanegra Sierra, Raúl. 1981. “Cosa juzgada, vinculación, fuerza de ley de las decisiones del Tribunal Constitucional alemán”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, volumen 1 N° 1, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 238.

formal y material o sustancial, salvo los casos en que ella sea revisable, mediante algún procedimiento o trámite por el propio Tribunal Constitucional, o cuando el Estado ha reconocido jurisdicción en la materia a un Tribunal supra o transnacional a cuyas sentencias se le ha reconocido carácter jurídico vinculante.

En el ámbito de la jurisdicción constitucional, para que exista una cosa juzgada constitucional material, es necesario que las partes no puedan reabrir el debate constitucional sobre la misma materia en otro procedimiento.

La Carta Fundamental chilena en su nuevo artículo 94 inciso 1° determina:

“Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede, el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido”.

Así, puede sostenerse que la sentencia del Tribunal Constitucional produce cosa juzgada, en la medida que no existe posibilidad de revisar dicha sentencia en el plano de nuestro ordenamiento jurídico interno. La única posibilidad de superar actuaciones erróneas o abusivas es el complejo procedimiento de revisión constitucional.

Es por ello que, en la materia puede sostenerse, como lo hizo el juez Jackson de la Corte Suprema norteamericana en su momento: “No tenemos la última palabra porque seamos infalibles, pero somos infalibles porque tenemos la última palabra”.²

La afirmación de Jackson no puede formularse con tanta claridad en estos inicios del siglo XXI, donde operan jurisdicciones supranacionales en materia de derechos humanos, o Cortes Penales Internacionales, como asimismo, cuando se encuentran consolidados procesos de integración supranacional como la europea, instituciones todas que obligan a flexibilizar la perspectiva señalada.

A su vez, puede sostenerse en esta materia que una institución que tiene como finalidad una certeza formal como es la institución de la cosa juzgada, no puede prevalecer sobre la protección efectiva y constante de los derechos humanos, los que, además, en parte importante del derecho sudamericano son parte del bloque constitucional de derechos por haberse incorporado a la Constitución material los tratados sobre derechos humanos (Argentina, Ecuador, Venezuela, Costa Rica, Guatemala, a modo ejemplar), y en Chile, los derechos en cuanto atributos de la persona humana, independientemente de su envase normológico (Constitución o Derecho Internacional) constituyen límites a la potestad

² Ver voto concurrente del juez Jackson en el Caso: *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443,540 (1953).

estatal, como lo establece perentoriamente el artículo 5° inciso segundo de la Constitución.

3. LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS O DESESTIMATORIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Desde una perspectiva elemental cuando se considera una sentencia de un Tribunal Constitucional que pone término a una confrontación entre una norma jurídica infraconstitucional y la Carta Fundamental, la *sentencia puede ser estimatoria* de la pretensión de inconstitucionalidad planteada por el requirente o demandante, este tipo de sentencia puede darse también en los casos en que el orden jurídico establece que el Tribunal Constitucional debe pronunciarse de oficio u obligatoriamente. A su vez, la *sentencia puede ser desestimatoria* si el Tribunal Constitucional confrontando la Constitución con la norma jurídica infraconstitucional impugnada por quienes tienen legitimación activa para ello, determina que la primera no tiene vicios de inconstitucionalidad.

Al confrontar la Constitución con la norma infraconstitucional, el Tribunal Constitucional puede dictar una sentencia total o parcialmente estimatoria o desestimatoria. Algunos de estos fallos constituyen sentencias atípicas, tanto por sus implicancias jurídicas como por su trascendencia política.³

4. CONSIDERACIONES SOBRE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL EN EL ÁMBITO TEMPORAL Y PERSONAL EN CHILE CON LA REFORMA 2005

4.1. Los efectos de la sentencia constitucional en el ámbito personal

El artículo 94 de la Constitución en su inciso 2° dispuso que “Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate”.

Por tanto, el proyecto de norma jurídica morirá antes de ser tal, no ingresando al ordenamiento jurídico y, por tanto, sin tener posibilidad alguna de ser aplicada por los tribunales o la administración.

³ Sobre la materia, Nogueira Alcalá, Humberto. 2005. *La justicia y los tribunales constitucionales de indoiberoamérica del sur en la alborada del siglo XXI*. Santiago, Ed. LexisNexis, Capítulo VI, pp. 295-354.

Por otra parte, en el inciso 3° precisa que, “*el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo...*”.

En este caso, la norma jurídica vigente es expulsada del ordenamiento jurídico, perdiendo toda posibilidad de aplicación y de producir efectos.

En el caso de la resolución que determine la inaplicabilidad de un precepto legal por inconstitucionalidad en control concreto incidental produce sólo efectos inter partes. Sin perjuicio de ello, los principios o fundamentos inescindibles (*ratio decidendi*) sin los cuales la parte resolutive del fallo no se entendería o no se encontraría motivada, constituyen a lo menos, *criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho por los demás operadores jurídicos*. Su carácter persuasivo depende de la solidez de su fundamento jurídico.

4.2. Los efectos de las sentencias en el tiempo

Sobre los efectos *ex tunc* o *ex nunc* de los fallos de los tribunales constitucionales no hay una sola posición, los ordenamientos jurídicos se mueven entre aquellos que prefieren darle mayor fuerza a la supremacía constitucional y los que optan por darle mayor fuerza a la seguridad jurídica, otra parte de ellos trata de buscar un cierto equilibrio entre ambos principios. A manera ejemplar, en el derecho comparado, en el caso de los tribunales constitucionales de Austria, Croacia, Eslovenia, Grecia, Polonia, Rumania, entre otros, los efectos de las sentencias son, por regla general, *ex nunc*, mientras en Alemania, Bélgica, España, Portugal, se consideran los efectos *ex tunc* como regla general.

En el ámbito latinoamericano se han establecido criterios más flexibles. A manera ejemplar puede señalarse la normativa colombiana: El artículo 45 de la *Ley Estatutaria de la Administración de Justicia* de Colombia determina que las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control “*tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario*”, norma que fue declarada exequible, vale decir, conforme con la Constitución, por la Sentencia de la Corte Constitucional C-037 de 1996. A su vez, la *Ley N° 1836 del Tribunal Constitucional*, en su artículo 48.4, determina que la parte resolutive en la que se pronunciará el fallo sobre el fondo del asunto, en la forma prevista para cada caso, fijará su dimensionamiento en el tiempo y los efectos de lo resuelto; y el artículo 51 de la misma ley determina que la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad, no permite revisar procesos fenecidos mediante sen-

tencias que tengan la calidad de cosa juzgada, en los que se haya aplicado la ley inconstitucional. A su vez, la *Ley Orgánica de Tribunal Supremo de Venezuela de 2004*, establece en su artículo 21, párrafo 18º, que en el fallo definitivo en que se pronuncia sobre la nulidad por inconstitucionalidad de normas o actos impugnados de inconstitucionalidad, una vez examinados los motivos en que se funda la demanda, “determinará, en su caso, los efectos de la decisión en el tiempo”.

El texto de la reforma constitucional aprobado inicialmente por el Congreso Nacional chileno no hace referencia a los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en el tiempo.

Dicha perspectiva cambia con el veto presidencial que es aprobado por el Congreso Nacional, ya que éste prefiere precisar en el propio texto constitucional los efectos del fallo del Tribunal Constitucional en materia de control abstracto ex post de constitucionalidad de los preceptos legales, previa declaración de inaplicabilidad en control concreto. En efecto, el veto presidencial establece en el inciso 3º del art. 94 de la Constitución, lo siguiente:

“No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, *la que no producirá efecto retroactivo*”.

Así, queda expresamente consagrado en el texto constitucional que las sentencias del Tribunal Constitucional producen efectos ex nunc desde su publicación en el Diario Oficial. Así, nuestra Carta Fundamental determina expresamente los efectos de las sentencias en el tiempo, 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 legal.

Dicha regla constitucional nos parece excesivamente rígida, ya que en algunos casos excepcionales se puede requerir que la sentencia pueda generar efectos ex tunc, lo que debería quedar en manos del propio Tribunal Constitucional determinar expresamente en las sentencias que resuelvan tales casos.

5. FUERZA VINCULANTE DE LA SENTENCIA, COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL Y EFECTOS DE LAS SENTENCIAS

La fuerza vinculante de la sentencia del Tribunal Constitucional es una cosa distinta de la cosa juzgada constitucional y de los efectos en el ámbito personal y temporal de la sentencia constitucional.

La *fuerza vinculante* de una sentencia se refiere a la fuerza horizontal y vertical que despliega esencialmente la parte motiva o considerativa del fallo en que se establecen los principios y fundamentos inescindibles de la parte resolutive, donde se encuentra la “ratio decidendi” del fallo del Tribunal Constitucional.

La *cosa juzgada constitucional* se refiere a la incompetencia de la Corte Constitucional para “conocer de nuevo de un cargo de inconstitucionalidad contra una norma, ya decidido favorable o desfavorablemente por ella”.⁴

Los *efectos de la sentencia* se refieren a la modificación en el ordenamiento jurídico y en las situaciones de los destinatarios que produce la parte resolutive de las sentencias de constitucionalidad.

6. EL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El efecto de la sentencia constitucional más allá de lo determinado en la parte resolutive del fallo para el conflicto específico, se comprende si se asume que la función de un Tribunal Constitucional es determinar la norma que emana del enunciado constitucional para hipótesis específicas y su utilización uniforme por los diferentes órganos constitucionales, vinculando así la conducta futura de órganos y personas, evitando que comportamientos declarados inconstitucionales vuelvan a repetirse o que se interpreten normas de una manera diferente a la declarada por el Tribunal Constitucional, otorgando una cierta seguridad jurídica de los caminos por los cuales los órganos y personas pueden transitar en el marco de la Carta Fundamental.

Una sentencia de un Tribunal Constitucional tiene un alcance más pleno cuando de ella se deriva, además de su carácter declarativo que permite eliminar el vicio constitucional en el caso específico, la fuerza vinculante que establece el deber de los demás órganos estatales de seguir, de buena fe, en casos idénticos o de la misma clase los principios determinados por el Tribunal Constitucional. Tales principios se encuentran en la parte considerativa o motiva del fallo constitucional, estableciendo la “ratio decidendi” del mismo, pasando a tener una fuerza jurídica similar a la norma jurídica interpretada.

El Mensaje Presidencial que encabezó la reforma adecuadora de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Chileno a la reforma constitucional de 2005, precisaba:

⁴ Bernal Pulido, Carlos. 2005. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, p. 150.

“6. Sentencias.

Después de casi 25 años de funcionamiento del Tribunal y de la reciente reforma constitucional, el país está en condiciones de asumir que todos los órganos del Estado queden obligados por lo que el Tribunal resuelva. Con ello se confiere a sus sentencias una fuerza mayor a la que tienen las emanadas de un tribunal normal”.

El artículo 31 del proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, en etapa de debate parlamentario en abril de 2006, señalaba en uno de sus incisos que *“Los órganos del Estado están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal resuelva”*. En otras palabras, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es vinculante. Este deber de obediencia se refería al destinatario que, en este caso, se precisaba que eran todos los órganos del Estado, incluidos los tribunales de justicia.

La Cámara de Diputados consideró que ello no era necesario explicitarlo en el texto de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal y lo eliminó del proyecto, considerando que ello resultaba redundante respecto de los principios en que se sustenta el derecho público chileno.

Esta decisión de la Cámara de Diputados nos parece errónea, ya que la explicitación de la fuerza vinculante del fallo constitucional no es parte integrante del derecho público chileno, aun si lo fuera, su explicitación normonológica otorga seguridad jurídica y refuerza el derecho a la igualdad ante la ley, además de constituir un elemento de la cultura jurídica nacional, el de explicitar las potestades de los órganos estatales, de acuerdo al principio establecido en el artículo 7° inciso 2° de nuestra Carta Fundamental.

La fuerza vinculante de las decisiones de la judicatura constitucional es una regla general en el derecho comparado, citaremos a modo ejemplar sólo algunas normas similares en países que siguen el sistema jurídico romano germánico:

La Ley de la Corte Constitucional Federal alemana, en su artículo 31, prescribe:

“1. Las decisiones del Tribunal Constitucional Federal vinculan a los órganos constitucionales de la Federación y de los Estados así como a los tribunales y autoridades.

2. En los casos del 13 números 6, 11, 12 y 14, la decisión del Tribunal Constitucional federal tiene fuerza de ley. Esto se aplica también en los casos del 13° (sobre recursos de amparo), cuando el Tribunal Constitucional Federal declara la compatibilidad o incompatibilidad y la nulidad de una ley. En tanto que una ley sea declarada compatible o incompatible con la Ley Fundamental o con el derecho federal, o sea declarada nula, la decisión deberá ser publicada por el Minis-

terio Federal de Justicia en el Boletín Oficial Federal, lo mismo se aplica para las decisiones dictadas en los casos del 13 números 12 y 14”.

Comentando esta norma de la Ley de la Corte Constitucional Alemana, Raúl Bocanegra determina que “mientras la noción de vinculación a las sentencias constitucionales extiende sus efectos a todos los órganos constitucionales, autoridades y tribunales, la fuerza de ley se extendería no sólo como aquélla al Estado y a sus órganos, sino más allá, también a todos, personas físicas y jurídicas que podrían invocar a su favor estas decisiones y a todos obligarían produciendo directamente para todos los derechos y obligaciones, puesto que todos están obligados por las leyes, no solamente las partes intervinientes en el proceso, como ocurre con la cosa juzgada o los órganos del Estado, como sucede con los efectos de vinculación”.⁵

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, en su artículo 40.2. determina:

“La jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad”.

A su vez, la Ley Orgánica del Poder Judicial de España, de 1985 de 1° de julio, en su artículo 5.1 precisa:

“La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

El Supremo Tribunal Federal de Brasil, según el artículo 28 de la Ley 9868/99, en su párrafo único, determina que las declaraciones de constitucionalidad, inclusive la interpretación conforme a la Constitución, tienen eficacia contra todos, y efecto vinculante en relación a los órganos del Poder Judicial y a la administración pública federal, estadual y municipal.⁶

⁵ Bocanegra Sierra, Raúl. 1981. “Cosa juzgada, vinculación, fuerza de ley de las decisiones del Tribunal Constitucional alemán”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, volumen 1 N°1, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 267-268.

⁶ Afonso Da Silva, Virgilio. 2004. “La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial”, en *Cuestiones Constitucionales*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Ciudad de México, p. 21. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/12/ard/ard1.htm>

El Código Procesal Constitucional del Perú, en su artículo VI, inciso 3°, señala que *“Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma de rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”*.

La Ley del Tribunal Constitucional de Bolivia, en su artículo 4.1 referente a interpretación constitucional determina: *“Los Tribunales, jueces y autoridades aplicarán a sus decisiones la interpretación adoptada por el Tribunal Constitucional”*. A su vez, el artículo 44, en su literal I, el cual precisa: *“Los poderes públicos están obligados al cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por el Tribunal Constitucional. Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional son obligatorios y vinculantes para los Poderes del Estado, legisladores, autoridades y Tribunales”*.

La Ley de Amparo, exhibición personal y de constitucionalidad de Guatemala, en su artículo 43 precisa:

“La interpretación de las normas contenidas en la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte”.

Esta perspectiva implica que basta que el Tribunal Constitucional o el órgano de jurisdicción constitucional centralizado o concentrado competente dicte una resolución o sentencia sobre el alcance de cualquier norma infraconstitucional, para que cualquier interpretación divergente de los tribunales ordinarios y especiales para casos análogos se vuelva imposible, de acuerdo con las normativas legales precisadas.

Es necesario señalar, aunque parezca obvio decirlo, que donde existe un Tribunal Constitucional, se establezca o no expresamente, éste es el “guardián supremo” de la Constitución.

7. LA FUERZA VINCULANTE DEL FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA SÍ MISMO

El artículo 31 del proyecto de L.O.C. del Tribunal Constitucional en proceso de modificación en abril de 2006, en su redacción original, introdujo por primera vez, en nuestro país, la explicitación de la vinculatoriedad del precedente, así el artículo señalado en uno de sus incisos precisaba que, *“El Tribunal quedará vinculado por sus precedentes. Sin embargo, por razones fundadas, podrá cambiar lo resuelto con anterioridad”*.

Esta regla es también común en el derecho y en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de nuestro círculo de cultura jurídica, al respecto citaremos el reciente Código Procesal Constitucional del Perú, el cual en su artículo VII, sobre la misma materia precisa:

“Precedente. Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de Cosa Juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos en los que sustenta tal decisión”.

En nuestro país, la cultura jurídica es que los fallos del Tribunal Constitucional, hasta la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 2005 en febrero de 2006, solo tienen fuerza persuasiva para los demás órganos estatales en la medida que los últimos consideren pertinentes los criterios utilizados por el Tribunal Constitucional al resolver la materia específica.

A su vez, en materia de consistencia del Tribunal Constitucional con su propia jurisprudencia, el máximo intérprete de la Constitución se manifestó explícitamente, por primera vez sobre el punto, en el fallo “Juzgados de Policía Local” en 1993, donde determinó: “debe también tenerse en consideración para resolver acerca de la conveniencia de mantener la razón decisoria contemplada en fallos anteriores del Tribunal Constitucional en relación a una materia determinada, que ello crea certeza y seguridad jurídica necesarias para todos aquellos a quienes pueda interesar y/o afectar lo que éste resuelva sobre el punto. Los cambios de doctrina jurídica por lo general deben producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que los justifiquen”.⁷

En un sentido similar, la Corte Constitucional colombiana en sentencia C-447 de 1997, precisa:

“Todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus decisiones previas. Ello deriva no solo de elementales consideraciones de seguridad jurídica –pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles– sino también del respeto del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Por eso, algunos sectores de la doctrina consideran que el respeto al precedente es al derecho lo que el principio de universalización y el imperativo categórico son a la ética, puesto que es buen juez aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace. Por ello la Corte debe ser

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, de 22 de julio de 1993, Rol N° 171.

muy consistente y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base ('ratio decidendi') de sus precedentes decisiones".⁸

Consideramos adecuado que la ley adecuadora de la LOC del Tribunal Constitucional asegure el respeto a los precedentes emanados de la sentencia constitucional por el propio Tribunal Constitucional. Su justificación se encuentra en un principio de universalización que ordena tratar de igual modo las situaciones iguales, la resolución judicial debe ser suscrita en otro caso que presente caracteres análogos. Ello otorga seguridad jurídica, asegura la no discriminación en la aplicación del derecho, otorga estabilidad a las relaciones jurídicas y las hace previsibles, además del "respeto del principio de la confianza recíproca".⁹

Como lo expresa el fallo del Tribunal Constitucional chileno, en el caso "Juzgados de Policía Local" en 1993, el *respeto al precedente no significa desconocer la posibilidad de cambio de circunstancias o de valoraciones que justifiquen un apartarse de la doctrina asentada por el precedente*, lo que es legítimo mediante un razonamiento que explique los motivos del cambio de criterio,¹⁰ principio que también parece adecuado positivarlo en la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional chileno. Asimismo el cambio de doctrina siempre debe justificarse, lo contrario constituiría una evidente violación de la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico, una vulneración de la prohibición de actos arbitrarios e inconsistentes, como asimismo, se afectaría gravemente la seguridad jurídica propia de todo Estado Constitucional de Derecho.

El juez constitucional junto con seguir los principios de la dogmática constitucional, si quiere apartarse de los precedentes está obligado a desarrollar la fundamentación o argumentación de la posición incorrecta del precedente en la situación actual o ante un nuevo contexto, ya que la evolución jurisprudencial debe ser explícita y razonada, prudente y equilibrada, con el objeto de no generar un grado inadecuado de inseguridad jurídica o incertidumbre.

En este ámbito es necesario comentar que la dosis de flexibilidad antes señalada es razonable cuando estamos ante la jurisdicción constitucional, ya que el texto constitucional debe irse adaptando a una realidad dinámica y cambiante. La excesiva rigidización dificultaría gravemente la tarea del Tribunal Constitucional e, incluso, podría poner en grave peligro la vida institucional de la sociedad política.

⁸ Bernal Pulido, Carlos. 2005. *El derecho de los derechos*, p. 162.

⁹ Bernal Pulido, Carlos. 2005. *El derecho de los derechos*, p. 200.

¹⁰ Würtenberger, Thomas. 2005. "Interpretación del Derecho Constitucional (desde una perspectiva realista)", en 2005 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord). *Interpretación Constitucional*. Tomo II. Ciudad de México. Ed. Porrúa, p. 1385.

Una rigidez absoluta de la jurisprudencia impediría al Tribunal Constitucional superar aquellas decisiones anteriores que se considerarán erróneas, situación que nunca puede excluirse. Ello significaría también admitir que una decisión equivocada del Tribunal Constitucional sustituiría de hecho una o más normas constitucionales.

Sin perjuicio de esta necesaria flexibilización, la regla general es la fijación relativa de las sentencias constitucionales, lo que es necesario, ya que de lo contrario, se incumplirían las funciones propias del Tribunal, de eliminar ámbitos de conflicto y garantizar la paz y seguridad jurídica propia de un Estado constitucional.

El sistema constitucional debe construir un adecuado equilibrio que garantice la fijación y vinculatoriedad de la sentencia constitucional y la capacidad de apertura al cambio, siempre que no afecte ni ponga en peligro la función pacificadora del Tribunal Constitucional y su carácter de intérprete supremo de la Constitución.

8. LA FUERZA VINCULANTE DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA LOS DEMÁS ÓRGANOS ESTATALES

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional hasta ahora vigente no determina cuáles son los ámbitos de la sentencia del Tribunal Constitucional, que tienen fuerza obligatoria y si constituyen o no precedente, ni cómo se determinan éstos.

Es punto pacífico en la doctrina y el derecho positivo comparado chileno la obligación de cumplir lo resuelto en la parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Constitucional. La materia que se debate en doctrina y depende de la normativa que regula las sentencias en cada país es, si los elementos de razonamiento que sustentan la decisión o que constituyen “ratio decidendi” del contencioso sometido a la consideración del Tribunal Constitucional, vale decir, aquella parte de la fundamentación o argumentación que no podría ser modificada sin que la parte resolutive de la sentencia cambiara, tienen carácter vinculante, sin perjuicio de la dificultad para separar claramente dicha “ratio decidendi” de los obiter dicta en casos complejos.

En los países de América del Sur con Tribunales Constitucionales, las legislaciones reguladoras establecen diversas alternativas.

En el sistema constitucional boliviano la norma que regula la materia es la Ley N° 1836. El art. 4, párrafo segundo, de dicha ley dispone expresamente que “los tribunales, jueces y autoridades aplicarán a sus decisiones la interpretación adoptada por el Tribunal Constitucional”. A su vez, el 44.I de la citada Ley dispo-

ne que “los poderes públicos están obligados al cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por el Tribunal por el Tribunal Constitucional. Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional, son obligatorias y vinculantes para los Poderes del Estado, legisladores, autoridades y tribunales”.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia SC 058/2002, de 8 de julio, interpretando la norma prevista por el art. 44.I de la Ley 1836, en armonía con el art. 121 de la Constitución, precisó que *“la vinculatoriedad de las Sentencias del Tribunal Constitucional, implica que los poderes públicos que sean aplicadores del derecho, se encuentran sujetos a la manera de cómo los preceptos y principios de la Constitución, han sido interpretados por el Tribunal Constitucional. En consecuencia, por la eficacia vinculante de dicha interpretación, los poderes públicos están obligados a seguir la doctrina constitucional que ha resultado de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos constitucionales (...)”.*

En el caso colombiano, el artículo 48 de la Ley 270 Estatutaria de la Administración de Justicia de 1996 de conformidad con el artículo 230 de la Constitución, establece algunas regulaciones en la materia, determina expresamente que *“sólo será de obligatorio cumplimiento y con efectos erga omnes la parte resolutive de los fallos. La parte motiva constituye sólo criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general”.*

El artículo 23 del Decreto 2067 añade que *“La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar para las autoridades y corrige la jurisprudencia”*, todo ello en armonía con el artículo 48 de la Ley Estatutaria 270.

La doctrina de la *Corte Constitucional colombiana* ha establecido el carácter vinculante de sus interpretaciones, utilizando para ello la técnica del precedente, distinguiendo entre la argumentación que guarda relación directa y necesaria con la parte resolutive del fallo de aquella que sólo es tangencial.¹¹

El *Código Procesal Constitucional peruano*, aprobado por Ley N° 28.237 de 2004, que entró en vigencia en diciembre de 2004, en su Título Preliminar, artículo VII, precisa:

“Precedente.

“Las sentencias del Tribunal constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia,

¹¹ López Medina, Diego. 2000. *El derecho de los jueces*. Ed. Legis, Santa Fe de Bogotá, pp. 14 y ss.

precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el tribunal constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.¹²

La *Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela*, en base al artículo 335 de la Constitución de 1999, establece la obligatoriedad de las interpretaciones constitucionales determinadas por la Sala Constitucional con motivo de la resolución de controversias o de una solicitud de interpretación. La Sala Constitucional ha resuelto que la norma general producida por la interpretación abstracta genera efectos *erga omnes*, “constituyendo una verdadera *jurisdatio*, una interpretación cuasiauténtica o para constituyente, que profiere el contenido constitucionalmente declarado por el Texto Fundamental”.¹³

La misma Sala Constitucional ha precisado en sentencia posterior que el artículo 355 de la Constitución constituye también el fundamento de la fuerza vinculante de los precedentes, que se establecen por la Sala al resolver casos concretos, estableciendo al efecto:

*“A lo ya dicho conviene agregar que la doctrina que se derive de la interpretación de los preceptos constitucionales, sea que la conclusión a que arribe la Sala no resuelva un caso concreto (solicitud de interpretación), sea que aproveche a la solución de una concreta controversia en tanto contenga el modo en que los valores, principios y reglas constitucionales exigen que se tome una decisión en un sentido determinado, tiene en ambos casos efecto vinculante. Tal aclaratoria desea resolver alguna duda que pudiera surgir en cuanto al alcance de la vinculación de la función interpretativa que toca desplegar a esta Sala conforme al citado artículo 335 de la Carta Fundamental, la cual, puede que llegue a asociarse, erróneamente, a la desnuda interpretación de un precepto constitucional”.*¹⁴

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en materia de *ratio decidendi* ha determinado:

“Las interpretaciones de esta Sala Constitucional, en general, o las dictadas en vía de recurso interpretativo, se entenderán vinculantes respecto del núcleo del caso estudiado, todo ello en un sentido de límite mínimo, y no de frontera intraspasable por una jurisprudencia de valores oriunda de la propia Sala, de las demás Salas o del universo de los tribunales de instancia...”

¹² VV. AA. *Código Procesal Constitucional*. Comentarios, Exposición de motivos. Dictámenes e Índice analítico. Lima, Ed. Palestra, p. 321.

¹³ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de 19 de julio de 2001, N° 1309, Caso *Hermann Escarrá*.

¹⁴ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de 5 de octubre de 2001, N° 1860, Caso: *Consejo Legislativo del Estado Barinas*.

Los pronunciamientos que, sin referirse al núcleo central del debate objeto de la decisión, afectan a un tema colateral relevante para la misma, normalmente vinculados con los razonamientos jurídicos esbozados para afinar la solución al caso, no serán por lógica, vinculantes, ni en este ni en otro sentido.¹⁵

Por último, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela ha establecido expresamente el carácter vinculante de la *ratio decidendi* de sus fallos, al efecto ha señalado:

“Finalmente, debido a la relevancia de las consideraciones emitidas en el fallo bajo examen y, además, por haber reflexionado la Sala sobre el alcance de principios elementales de nuestro ordenamiento jurídico constitucional, como lo son el derecho a la libertad y la garantía de presunción de inocencia, declara vinculante la ratio decidendi que condujo a la decisión definitiva del presente fallo”.¹⁶

En nuestra opinión, para posibilitar un cambio de cultura que es generalizado en Europa y América Latina en esta materia, sin causar graves desajustes, consideramos adecuado en una etapa de transición que la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional debiera establecer que la *“ratio decidendi”* del fallo que constituye la argumentación relevante que lo fundamenta y determina la parte resolutive, vale decir, aquellos principios o razonamientos que no podrían ser alterados o modificados sin que la sentencia fuere modificada, constituyen criterio auxiliar para todos los órganos del Estado, mientras dichos criterios no sean modificados por el propio Tribunal Constitucional, distinguiéndolos de los *obiter dicta* o *dicta* que son afirmaciones tangenciales o complementarias emitidas en la resolución judicial que no tienen el mismo carácter, ni deben ser seguidos como antecedentes por los tribunales de justicia y otros órganos estatales.

9. LA POSIBILIDAD DE PLANTEAR AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NUEVAS REVISIONES DE UN PRECEPTO LEGAL SOBRE EL CUAL SE HA RESUELTO SU CONSTITUCIONALIDAD

El proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, en la materia, en su artículo 37, establece lacónicamente:

“Resuelto por el Tribunal de que un precepto legal determinado es constitucional, no podrá declararse inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia”.

¹⁵ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de 9 de noviembre de 2000, N° 1347. Caso: *Ricardo Combellas*.

¹⁶ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de 27 de noviembre de 2001, N° 2426, Caso: *Víctor Giovanni Díaz Barón*.

Nos parece necesario precisar que una sentencia desestimatoria o denegatoria de inconstitucionalidad por vicios de fondo no impide la interposición de una nueva acción sobre el mismo precepto constitucional mediante otra *vía procesal*, ya que es posible que un precepto declarado constitucional en vía de control preventivo pueda ser impugnado por vía de control represivo o ex post de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en la medida que en esa hipótesis concreta el precepto declarado constitucional en abstracto pudiere tener una aplicación específica que fuere inconstitucional.

Esta perspectiva disminuye el peso relativo de una sentencia errónea del Tribunal Constitucional desestimatoria de inconstitucionalidad, ya que posibilita una sentencia diferente del Tribunal Constitucional a través del recurso de inaplicabilidad o la cuestión de inconstitucionalidad que puede admitir o estimar razones de inconstitucionalidad no consideradas en su sentencia abstracta. En todo caso, queda a salvo la posibilidad del tribunal *a quo* de rechazar la elevación de cuestiones idénticas a las anteriormente desestimadas por considerarlas manifiestamente infundadas.

A su vez, pueden presentarse diversos procedimientos incidentales en materia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sobre un mismo precepto legal, ya que pueden hacerse valer diversas hipótesis de inconstitucionalidad concretas, las que no se habían planteado por quienes promovieron las otras inaplicabilidades por encontrarse ante hipótesis concretas diferentes de aplicación del mismo precepto legal.

Asimismo es necesario distinguir entre las sentencias que se pronuncien sobre inconstitucionalidades por vicios de forma y de fondo. Ya que una sentencia denegatoria o desestimatoria de inconstitucionalidad por vicios de forma, no impide la interposición de una nueva acción por vicios de fondo.

Finalmente, consideramos que una misma cuestión debiera poder ser elevada a la consideración del Tribunal Constitucional, en otras circunstancias, en las cuales el Tribunal puede acoger la estimación de inconstitucionalidad del precepto normativo. Esta perspectiva posibilita la capacidad del Tribunal Constitucional para evaluar cambios en el parámetro constitucional o en el significado de la norma legal atendiendo a la diferenciación entre enunciado normativo y norma jurídica pasado un tiempo razonable, o simplemente asumir el poder de rectificación del Tribunal Constitucional estableciendo las razones para ello.

10. EL EVENTUAL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL Y LAS JURISDICCIONES ORDINARIAS Y ESPECIALES

La superioridad de la Constitución lleva a la superioridad del intérprete de la Constitución que es el Tribunal Constitucional, el que se constituye en el órgano de cierre del ordenamiento jurídico por sobre la ley y el intérprete de la misma que son los tribunales ordinarios. La Corte Suprema de Justicia sigue siendo el vértice del Poder Judicial en los aspectos de mera legalidad que es aquel correspondiente a sus competencias de acuerdo con la Carta Fundamental, con las excepciones dadas por sus competencias en materia de recurso de nulidad por violación de derechos fundamentales, o por su competencia en materia de hábeas corpus (amparo en Chile) y de acciones de amparo (recurso de protección en Chile).

La eventual fijación por la LOC del Tribunal Constitucional de la obligatoriedad del precedente sentado por su sentencia, ella debe ser seguida por los tribunales ordinarios, ya que ello posibilita garantizar los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza de las personas, ya que por su intermedio se obliga a los tribunales a ser consistentes con las decisiones previamente adoptadas, impidiendo que casos iguales o semejantes sean analizados y resueltos en forma diferente en otra oportunidad. En ello consiste la fuerza obligatoria del precedente. La *ratio iuris* se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada que se encuentra en la *ratio decidendi* de la sentencia del Tribunal Constitucional.

A su vez, en este eventual nuevo cuadro, el conocimiento sistemático de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es una exigencia para los jueces ordinarios con el objeto de respetar dicha jurisprudencia en sus resoluciones judiciales, ya que no puede aplicarse lo que no se conoce. El mismo razonamiento debe aplicarse a los abogados litigantes que también requieren tener un conocimiento adecuado de las líneas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional.

El tema de la vinculación de precedente está relacionado con el tema de la decisión, lo que lleva a una utilización restrictiva y limitada del precedente, a los casos efectivamente análogos, como asimismo considerando como precedente solamente los principios y reglas contenidas en el *holding* o *ratio decidendi* de la sentencia, no pudiendo extenderse a consideraciones periféricas contenidas en el fallo.

Asimismo, ello obliga a distinguir los tres sectores o elementos estructurales del cuerpo de la sentencia o fallo, el denominado *holding* o *ratio decidendi*, el *dictum* u *oviter dicta* o simplemente *dicta*, y el *rationale*.¹⁷

¹⁷ Sobre la materia puede consultarse, Magaloni Kerpel, Ana Laura. 2001. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid, McGraw Hill. Asimismo de Escovar León, Ramón. 2005. *El precedente y la interpretación constitucional*. Caracas, Ed. Sherwood.

La distinción entre la *ratio decidendi* y el *oviter dicta* o *dictum* está dada por que el primero de estos conceptos es la parte del fallo que fundamenta directa e inmediatamente el precedente, estableciendo la regla o principio que define el tribunal al resolver el problema o caso sometido a su consideración, mientras que el segundo concepto, el *oviter dicta* o *dictum*, se refiere a los razonamientos marginales periféricos o circunstanciales, los cuales carecen de valor vinculante con efecto erga omnes.

En todo caso consideramos necesario introducir un matiz, en virtud del principio de independencia judicial también reconocida constitucionalmente, estableciendo que, excepcionalmente, los jueces en el ejercicio de su autonomía judicial podrían apartarse del precedente, motivando suficiente y adecuadamente las razones de la separación de la línea jurisprudencial trazada por el Tribunal Constitucional, de lo contrario estarían infringiendo el derecho de las personas a la igualdad ante la ley y el principio de seguridad jurídica.

El problema más significativo en esta materia se presentará cuando los tribunales ordinarios en un caso concreto consideren la inaplicación del precedente del Tribunal Constitucional en el caso que están conociendo, por considerar que las propiedades del mismo son diferentes (*distinguish*), vale decir, cuando el juez o tribunal ordinario, consideren que existen diferencias relevantes que median entre el caso resuelto mediante el precedente y el caso que debe resolver actualmente el juez ordinario, por lo que la *ratio decidendi* del primer caso no puede aplicarse al segundo, exigiendo este último una solución diferente, como asimismo, cuando el precedente no responda adecuadamente a un cambio social posterior por variación de las circunstancias; o cuando se modifica el precedente (*overruling*) al considerarlo erróneo desde una perspectiva axiológica, al ser contrario a los valores, principios y derechos en que se fundamenta el ordenamiento jurídico.

Así, la regla general es la observancia del precedente emanado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional por parte de los tribunales ordinarios, si un juez se niega a aplicarlo sin dar justificación suficiente, viola la Constitución.

En efecto, una resolución de un juez ordinario que contradiga el precedente sentado por el Tribunal Constitucional sin una fundamentación de la razón por la cual se aparta del mismo constituye una *vía de hecho*, en la medida que constituye un desconocimiento del ordenamiento constitucional.

En una perspectiva coherente, el ordenamiento constitucional chileno debería haber previsto el control de la jurisprudencia de los Tribunales ordinarios en materia constitucional, lo que se planteó en el proceso de reforma constitucional en la Cámara de Diputados, sin que se generara el consenso necesario entre las dos ramas del Congreso Nacional. Así, el Tribunal Constitucional chileno no tie-

ne competencia para controlar que los tribunales de justicia ordinarios respeten su jurisprudencia, no existe un instrumento efectivo para hacer respetar sus interpretaciones, como ocurre en el derecho comparado.

El problema se encuentra en la articulación procesal entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, ya que en Chile no existe el amparo extraordinario de derechos (como existe, por ejemplo, en Alemania, España, Eslovenia, Polonia, entre otros), ni el amparo respecto de resoluciones judiciales o revisión de resoluciones con carácter definitivo de los tribunales ordinarios en materia de derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional, como ocurre, por ejemplo, en Colombia, Bolivia, Ecuador, Guatemala, Perú, en el contexto latinoamericano.¹⁸

Consideramos que el Tribunal Constitucional debiera tener la competencia consistente en verificar si la ley interpretada por los tribunales ordinarios es compatible con la Carta Fundamental y si la valoración de las pruebas respeta las reglas básicas del derecho al debido proceso, sin este control el sistema de control de constitucionalidad queda incompleto y presenta el riesgo de la existencia de diversos parámetros de control constitucional, el del Tribunal Constitucional y el de la jurisdicción ordinaria, con lo que se genera una vía de hecho que produce una violación del derecho fundamental a la igualdad ante el ordenamiento jurídico y de la prohibición de discriminación establecida en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, además de afectar la coherencia del ordenamiento jurídico.

El único medio de articulación entre ambas jurisdicciones, constitucional y ordinaria, se encuentra en el control incidental de inconstitucionalidad del artículo 93 N° 6 de la Constitución, el cual posibilita la relación de colaboración y diálogo entre judicatura ordinaria y Tribunal Constitucional, donde el juez puede no aplicar un precepto legal que produzca daño de derechos constitucionalmente garantizados, únicamente tras un pronunciamiento de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, como consecuencia de la activación del juicio incidental de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional activado por la parte afectada o por el juez a quo, lo que posibilita al Tribunal *ad quem* analizar la ley no en su carácter abstracto, sino en su significado concreto en el caso específico sometido a su consideración.¹⁹

¹⁸ Ver a este respecto, Nogueira Alcalá, Humberto. 2005. *La justicia y los tribunales constitucionales de indoiberoamérica del sur en la alborada del siglo XXI*. Santiago, Ed. LexisNexis. Hay edición mexicana, 2004. *La justicia y los tribunales constitucionales en la alborada del siglo XXI*. México. Ed. Porrúa.

¹⁹ Sobre la materia ver Nogueira Alcalá, Humberto. 2005. "El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias", en obra colectiva Nogueira, Humberto (Coord.). *La Constitución reformada de 2005*, Santiago de Chile, Ed. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca y Librotecnia, pp. 421-455.

Nos parece que el único mecanismo existente en nuestro ordenamiento jurídico para controlar el respeto al precedente constitucional por el propio tribunal constitucional es la vía incidental de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en la medida que todo órgano u organismo estatal está obligado a aplicar directamente la Constitución. Si el precedente del Tribunal Constitucional implica la interpretación del enunciado constitucional, dicha interpretación se incorpora a tal enunciado constitucional, pasando a ser parte del ordenamiento jurídico, constituyendo concreción del enunciado constitucional, de manera que si una parte considera que el juez ordinario no ha aplicado el precedente constitucional, al apelar o casar dicha sentencia, durante esta última instancia, podrá plantear el incidente de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ya que el juez ordinario debe aplicar la norma constitucional conforme a la interpretación dada por el Tribunal Constitucional, interpretación que debe entenderse incorporada al respectivo enunciado constitucional, lo que obliga a desaplicar toda norma infraconstitucional interna contraria a los principios desarrollados por el Tribunal Constitucional previamente, no pudiendo el juez ordinario o especial, apartarse de dicho precedente para casos análogos posteriores de aplicación de una norma reglamentaria.

El juez ordinario o especial tiene cierto margen de discrecionalidad antes de plantear el problema de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional, ya que siempre, entre las diversas interpretaciones, podrá buscar la existencia de una que sea conforme a la Constitución, en cuyo caso no necesita recurrir al Tribunal Constitucional, pudiendo resolver el caso directamente, incluso haciendo referencia al principio de interpretación conforme a la Constitución y la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El juez ordinario que ha requerido el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre un precepto legal que considere inconstitucional, puede encontrarse con diferentes respuestas de la jurisdicción constitucional:

a) en algunas situaciones el Tribunal Constitucional que ha sido requerido por el juez a quo podrá considerar la cuestión inadmisibile, en la medida que el juez ordinario debería haber atribuido al precepto legal el significado conforme a la Constitución que previamente había determinado el Tribunal Constitucional.

b) el Tribunal Constitucional puede concluir con una resolución desestimatoria por falta de fundamento, señalando una interpretación diferente de aquella dada por el juez a quo, pero conforme a la Constitución, denominada *sentencia interpretativa desestimatoria*.

A su vez, el juez a quo ordinario o especial, puede utilizar la vía incidental de inaplicabilidad por inconstitucionalidad también para plantear una determinada

interpretación de un precepto legal que se considera incorrecto, lo que posibilita al tribunal ordinario legitimar una nueva interpretación del precepto, si la sentencia del Tribunal Constitucional es estimatoria de ella (sentencia interpretativa estimatoria), posibilitando una interpretación de una norma más ajustada al tema controvertido que debe ser resuelto, generando una nueva línea jurisprudencial.

Puede señalarse que el Tribunal Constitucional a través de las sentencias interpretativas estimatorias puede eliminar del ordenamiento jurídico no el enunciado legal en cuanto tal, sino uno o varios de sus posibles significados o normas, pudiendo el precepto legal seguir siendo aplicable y producir los respectivos efectos en la interpretación de la norma conforme a la Carta Fundamental.²⁰

11. LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL Y LA FUNCIÓN LEGISLATIVA

Por otra parte, el establecimiento normonológico eventual del carácter vinculante del precedente sentado por las sentencias del Tribunal Constitucional, lleva a preguntarse si tal precedente constituye también un límite a la función legislativa del Congreso Nacional.

Ello lleva a tener presente el texto del art. 31 del Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el cual precisa “*Los órganos del Estado están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal resuelva*”, que si bien fue modificado por la Cámara de Diputados, éste queda igualmente establecido indirectamente con la nueva redacción.

El precepto legal no sólo se dirige hacia los tribunales de justicia y tribunales especiales, sino que impera a todos los órganos constitucionales, incluyendo, por tanto, al órgano legislativo. La interpretación de la Constitución hecha por el Tribunal Constitucional explicita el principio de supremacía constitucional contenido en el artículo 6° de las Bases de la Institucionalidad que vincula a todos los órganos instituidos por la Carta Fundamental, convirtiendo al Tribunal en el supremo intérprete de la Constitución.

²⁰ Sobre la materia ver:

Marín de la Vega, A. 2003. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid.

Rolla, Giancarlo. 2006. *La tutela directa de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales*. Inédito.

Nogueira Alcalá, Humberto, 2005. *La justicia y los tribunales constitucionales de indoiberoamérica del sur en la alborada del siglo XXI*. Santiago, Ed. LexisNexis. Hay edición mexicana, 2004. *La justicia y los tribunales constitucionales en la alborada del siglo XXI*. México. Ed. Porrúa.

En lo referente a la posibilidad de que el órgano legislativo legisle nuevamente sobre lo resuelto en una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad por vía de acción directa, la doctrina se encuentra dividida.

Para unos no podría plantearse una nueva ley con contenido igual al declarado inconstitucional, ya que ello constituiría un desacato al Tribunal Constitucional y un ilícito constitucional.²¹

Dentro de esta perspectiva pareciera ser inconstitucional que el Congreso pueda eliminar legislativamente un precedente constitucional obligatorio,²² salvo que haga uso de la facultad de dictar una ley interpretativa de la Constitución, de acuerdo al artículo 66 de ella, la que, en todo caso, pasaría por un control preventivo de constitucionalidad del propio Tribunal Constitucional de acuerdo al artículo 93 N° 1 de la Constitución, contra cuya decisión no procede recurso alguno, según determina el artículo 94 de la Carta Fundamental, con lo cual el órgano de jurisdicción constitucional sigue siendo el último intérprete de lo que la Carta Fundamental admite o no.

En todo caso, esta situación debe ser matizada por el hecho que la Constitución otorga al órgano legislativo la función de legislar y no al Tribunal Constitucional, el cual sólo debe verificar si el precepto legal es o no inconstitucional, como asimismo por el principio de colaboración y diálogo entre los órganos estatales, teniendo que actuar el Tribunal Constitucional muy prudentemente en lo que podría denominarse una “jurisdicción normativa”.

Para otros, la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad de una ley no impediría debatir una nueva ley con igual contenido a aquel que el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional, si ello ocurre luego de un tiempo razonable, siempre que no busque alterar situaciones cubiertas por el fallo, y, por lo tanto, con efectos sólo hacia el futuro, esta posición se fundamenta en la necesidad de no bloquear la innovación jurídica frente a nuevas hipótesis o necesidades cambiantes, como asimismo la posible rectificación de criterios por nuevas mayorías del órgano jurisdiccional constitucional que asuman nuevas concepciones jurídicas, manteniendo siempre el Tribunal Constitucional la última palabra sobre la constitucionalidad de los preceptos legales.

²¹ Rubio Llorente, Francisco, y Jiménez Campo, Javier, *ob. cit.*, 1998, p. 76.

²² Sobre la materia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha sostenido que, una sentencia que anula una ley, tiene no solo fuerza de ley, sino que los fundamentos de la decisión vinculan a todos los órganos constitucionales, de manera tal que en el futuro no será posible expedir una ley federal con el mismo contenido (1 BVR 320/57, 70/63). Ver Schwabe, Jürgen. 2003. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Montevideo, Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez y KAS, p. 10.

Como señala Tribe, la jurisdicción constitucional debe desarrollar un discurso constitucional que fundamente y aporte razones que sustenten sus puntos de vista sobre el comportamiento de las otras potestades estatales, mediante un diálogo con quienes leen la misma Constitución, aun cuando sostengan diferencias de criterio.²³

Al juez de la Constitución es un juez previsor, a éste no le es ajeno ni indiferente las consecuencias de sus decisiones jurisdiccionales. El juez constitucional nunca puede aplicar automáticamente y como silogismo puramente lógico los enunciados normativos de la Constitución, él debe tener presente que es un operador de la Constitución como “instrumento de gobierno” que le obliga a ponderar adecuadamente los resultados o productos interpretativos y las consecuencias de ellos para el caso y para la sociedad en su conjunto.

12. CONSIDERACIONES FINALES

La reforma constitucional de 2005 en materia de jurisdicción constitucional modifica drásticamente el sistema vigente en Chile hasta dicha reforma, generando por primera vez en Chile, un control concentrado de constitucionalidad tanto preventivo como represivo de preceptos legales centrado en el Tribunal Constitucional, eliminando el doble parámetro de control existente en la materia hasta 2005, uno en manos del Tribunal Constitucional y otro en manos de la Corte Suprema de Justicia.

La reforma implica la instalación en nuestro sistema jurídico de un supremo intérprete de la Constitución que es el Tribunal Constitucional, lo que no significa que sea el único intérprete, sino aquel que determina la última palabra en materia de interpretación constitucional de preceptos legales, cuyos fallos y los principios contenidos en ellos, deben ser seguidos de buena fe por los operadores jurisdiccionales ordinarios y especiales, ya que ello favorece la igualdad ante la ley, otorga seguridad jurídica y universaliza un mismo criterio para resolver conflictos jurídicos análogos que se presenten con posterioridad.

Obviamente, si los casos presentan situaciones o hipótesis que se apartan del caso anterior, no siendo un caso análogo al anterior, el juez ordinario o especial, si estima la existencia de una inconstitucionalidad del precepto legal por un motivo diferente a los ya determinados por el Tribunal Constitucional precedentemente, deberá de oficio plantear los fundamentos de esta nueva hipótesis de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional a través del procedimiento de inapli-

²³ Tribe, Lorence. 1988. *American Constitutional Law*. Mineola, Ed. The Fundation Press, p. 15.

cabilidad, debiendo resolver el caso de acuerdo con el pronunciamiento que haga este último tribunal en la materia.

Por lo tanto, siempre y en cualquier hipótesis de inconstitucionalidad de un precepto legal aplicable a la gestión judicial de la que conoce y que es relevante para decidir el problema de fondo, el juez ordinario o especial debe requerir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, salvo la existencia de un precedente de este último en casos análogos anteriores, en cuya situación el juez a quo debe resolver el caso con los principios ya precisados por el Tribunal Constitucional en la materia.

El sistema de jurisdicción constitucional implementado por la reforma constitucional de 2005 que constituye un perfeccionamiento y avance significativo del Estado Constitucional democrático en nuestro país, presenta una imperfección grave, no permite cerrar el sistema de control del Tribunal Constitucional sobre el cumplimiento de sus sentencias por los operadores jurisdiccionales ordinarios o especiales, vacío que tarde o temprano deberá ser colmado por vía normativa o eventualmente por vía de interpretación del propio Tribunal Constitucional que podría considerar dicho control o revisión del cumplimiento de sus resoluciones como inherente a su función constitucionalmente determinada.

El nuevo rol que juega la sentencia constitucional en nuestro sistema jurídico implica a los operadores jurisdiccionales ordinarios y especiales, un cambio de mentalidad significativo, el que requerirá de una adaptación y a un cambio de paradigma jurídico, de la concepción positivista formalista de ser meros aplicadores de la ley a intérpretes del derecho considerando todas sus fuentes y los principios que emanan de las sentencias del Tribunal Constitucional.

Queremos cerrar estas reflexiones, precisando la importancia que reviste la sentencia del Tribunal Constitucional en nuestro sistema jurídico en el nuevo modelo de jurisdicción constitucional implementado en nuestro país, ello requiere de la mayor conciencia de los jueces constitucionales y de mayor esfuerzo por desarrollar sus capacidades al máximo y dictar sentencias de calidad y fundadas en las fuentes del derecho vigente; apoyándonos en Cappelletti, podemos sostener que el buen juez constitucional es aquel que, consciente de las grandezas y de las debilidades de la función que desempeña, es capaz de discernir si las circunstancias del caso aconsejan ser cauteloso o audaz, desplegando, en consecuencia, de manera convincente, los argumentos jurídicos que procedan en cada caso.²⁴

²⁴ Cappelletti, Mauro. 1984. *Giudici Legislatori?* Milán, Giuffrè, p. 82.

A la comunidad jurídica le corresponde evaluar y controlar críticamente la fundamentación de las sentencias constitucionales, las razones y el mérito de los argumentos empleados por los jueces constitucionales. A la jurisdicción constitucional debemos exigirle, como intérprete supremo de la Carta Fundamental, que ofrezca sus mejores argumentos al fundar las sentencias.

Como señalara Dworkin, "...la comunidad jurídica debe evaluar a los jueces con criterios intelectuales. Insistiremos que elaboren los mejores argumentos que les sea posible, y luego nos preguntaremos si sus argumentos son lo suficientemente buenos. Por supuesto, no hay fórmula que garantice que los jueces no serán influidos por los malos argumentos... Todo lo que podemos hacer ante esas malas decisiones es señalar cómo y dónde los argumentos eran malos o las convicciones inaceptables".²⁵ Esa es la tarea de los juristas de derecho público, especialmente los del mundo académico universitario.

BIBLIOGRAFÍA

- Afonso Da Silva, Virgilio. 2004. "La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Ciudad de México, p. 21. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/12/ard/ard1.htm>
- Bernal Pulido, Carlos. 2005. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, p. 150.
- Bocanegra Sierra, Raúl. 1981. "Cosa juzgada, vinculación, fuerza de ley de las decisiones del Tribunal Constitucional alemán", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, volumen 1, N° 1, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 238.
- Cappelletti, Mauro. 1984. *Giudici Legislativi?* Milán, Giuffrè.
- Dworkin, R. 1994. *El dominio de la vida*. Barcelona, Ed. Ariel.
- Escovar León, Ramón. 2005. *El precedente y la interpretación constitucional*. Caracas, Ed. Sherwood.
- López Medina, Diego. 2000. *El derecho de los jueces*. Ed. Legis, Santa Fe de Bogotá.
- Magaloni Kerpel, Ana Laura. 2001. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid, McGraw Hill.

²⁵ Dworkin, R. 1994. *El dominio de la vida*. Barcelona, Ed. Ariel, pp. 191-192.

- Marín de la Vega, A. 2003. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid.
- Nogueira Alcalá, Humberto. 2005. “El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias”, en obra colectiva Nogueira, Humberto (Coord.) *La Constitución reformada de 2005*, Santiago de Chile, Ed. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca y Librotecnia, pp. 421- 455.
- Nogueira Alcalá, Humberto, 2005. *La justicia y los tribunales constitucionales de indoiberoamerica del sur en la alborada del siglo XXI*. Santiago, Ed. Lexis-Nexis. Hay edición mexicana, 2004. *La justicia y los tribunales constitucionales en la alborada del siglo XXI*. México. Ed. Porrúa. Hay edición venezolana actualizada a 2006. Ed. Jurídica Venezolana.
- Rolla, Giancarlo. 2006. *La tutela directa de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales*. Inédito.
- Rubio Llorente, Francisco y Jiménez Campo, Javier, *ob. cit.*, 1998, p. 76.
- Schwabe, Jürgen. 2003. Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Montevideo, Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez y KAS, p. 10.
- Tribe, Lorence. 1988. *American Constitutional Law*. Mineola, Ed. The Fundation Press, p. 15.
- VV. AA. *Código Procesal Constitucional*. Comentarios, Exposición de motivos. Dictámenes e Índice analítico. Lima, Ed. Palestra.
- Würtenberger, Thomas. 2005. “Interpretación del Derecho Constitucional (desde una perspectiva realista)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.). *Interpretación Constitucional*. Tomo II, Ciudad de México. Ed. Porrúa.