

LA INTRODUCCIÓN DEL “PRECEDENTE”; UN CAMBIO REVOLUCIONARIO EN NUESTRA CULTURA JURÍDICA

*The introduction of the “precedent”; a revolutionary
change in our legal culture*

Emilio Pfeffer Urquiaga *

RESUMEN

Propiciar que deba ser obligatorio el precedente emanado de la sentencia que dicte el Tribunal Constitucional para los demás tribunales –más allá de que pueda estimarse inconstitucional– es una cuestión que requiere de un cambio de nuestra mentalidad y cultura jurídica, antes que de una modificación normativa.

PALABRAS CLAVE

Sentencia del Tribunal Constitucional. Precedente vinculante.

ABSTRACT

To argue for the obligatory force over other courts of precedents emanating from decisions of the Constitutional Court –beyond its possible unconstitutionality– is a matter that would require a change in our legal culture and mentality, rather than a normative change.

* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Diego Portales, Miembro del Consejo Consultivo Nacional del Centro de Estudios Constitucionales, Director de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Abogado Integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago. emiliopfeffer@pfeffer.cl

KEY WORDS

Constitutional Court decisions. Obligatory precedent.

1. INTRODUCCIÓN

En este seminario titulado “El precedente constitucional emanado de la sentencia del Tribunal Constitucional y su inserción en las fuentes del derecho chileno”, nos corresponde participar en el panel que trata el tema “El precedente constitucional de las sentencias del Tribunal Constitucional y su impacto en la actividad jurisdiccional de los tribunales ordinarios”.

La temática referida, no cabe duda, cobra gran actualidad si se considera que se encuentra en trámite de modificación la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional y se ha propuesto –por el Ejecutivo– asignar a sus sentencias una fuerza mayor de aquella que emana de los fallos dictados por otros órganos jurisdiccionales, de modo tal que, cualquiera sea el órgano del Estado –inclusive los tribunales ordinarios o especiales– éstos quedarían obligados por lo que el Tribunal Constitucional resuelva. Ello, sin perjuicio de que se propone además que el Tribunal quede vinculado por sus precedentes, los que sólo podrá cambiar por razones fundadas, pues de ese modo se incrementará la estabilidad y certeza jurídica de sus decisiones.

Los planteamientos legislativos referidos, en actual debate parlamentario, originan diversas cuestiones sobre las cuales cabe reflexionar.

En particular, trataré de demostrar que un cambio de la índole y profundidad del que se propone e infiere del título de este panel, exige previamente una modificación radical y profunda del orden constitucional y legal, pero sobre todo de nuestra cultura jurídica, pues la idea del precedente es ajena del todo a ella. Más aún, si en nuestro sistema de fuentes incluso la jurisprudencia tiene un valor residual menor, por aplicación del principio del efecto relativo de la sentencia. De allí que propiciar que deba ser obligatorio el precedente emanado de la sentencia que dicte el Tribunal Constitucional para los demás tribunales –más allá de que pueda estimarse inconstitucional– es una cuestión que requiere de un cambio de nuestra mentalidad y cultura jurídica, antes que de una modificación normativa.

2. PROPUESTA LEGISLATIVA

En su parte expositiva y en lo pertinente, el Mensaje con el cual inicia su

tramitación el proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, señala lo siguiente:

“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 las que dicten otros órganos jurisdiccionales.

Esta fuerza atribuida a las sentencias del Tribunal permite, además, recoger la doctrina desarrollada por el propio Tribunal, en el sentido de quedar vinculado por sus precedentes, sin perjuicio de cambiar lo resuelto con anterioridad, por razones fundadas. Con ello se logra la necesaria estabilidad y certeza jurídica para las decisiones de los órganos del Estado, considerando que todos ellos quedan obligados por las sentencias del Tribunal.

Además, se establece que las sentencias, sin perjuicio de su publicación en extracto en el Diario Oficial, deben publicarse íntegra y simultáneamente en la página web del Tribunal”.

Luego, en cuanto a la propuesta articulada, el Mensaje agrega al artículo 31 del texto de la Ley Orgánica vigente, tres nuevos incisos (3º, 4º y 5º), por lo que de aprobarse las enmiendas sugeridas, la norma quedaría redactada del siguiente modo:

“Artículo 31. Las sentencias del Tribunal deberán cumplir, en lo pertinente, con los requisitos indicados en los números 1º a 6º, inclusive, del artículo 170 de Código del Procedimiento Civil.

Los Ministros que discrepen de la opinión mayoritaria del Tribunal deberán hacer constar en el fallo su disidencia.

Las sentencias del Tribunal se publicarán íntegramente en su página web, sin perjuicio de la publicación en extracto que ordena esta ley, en el Diario Oficial. Ambas publicaciones deberán ser simultáneas.

Los órganos del Estado están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal resuelva.

El Tribunal quedará vinculado por sus precedentes. Sin embargo, por razones fundadas, podrá cambiar lo resuelto con anterioridad”.

3. ESTADO ACTUAL DE LA TRAMITACIÓN DEL PROYECTO

No ha merecido observación la disposición que, con la finalidad de establecer una norma general para la publicidad de las sentencias dictadas por el Tribunal, señala que éstas deberán ser reproducidas íntegramente en su página web y publicadas, cuando se ordene expresamente por la ley, en extracto en el Diario Oficial, y que ambas publicaciones, cuando corresponda, deberán ser simultáneas.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con aquellos preceptos que establecen que el Tribunal queda vinculado por sus precedentes, sin perjuicio de cambiar lo resuelto con anterioridad, por razones fundadas. Como aquella otra norma que sugiere el título de este panel y que pudiera inferirse de la lectura de la disposición que pretende imponer la obligación de todo órgano del Estado de seguir los precedentes que fluyan de las sentencias del Tribunal Constitucional.

Ninguna reserva podría formularse si el precepto fuera entendido como referido a que lo obligatorio es aquello que el fallo dispone en su parte decisoria, o que el carácter imperativo del mismo fluye de lo resolutivo de la sentencia. Porque en realidad las dudas surgen cuando se pretende estimar que también resultarían obligados los órganos del Estado –entre ellos los tribunales ordinarios o especiales– por la doctrina seguida por el Tribunal Constitucional contenida o expuesta en los llamados considerandos resolutivos, por lo que si en ellos se sostiene una determinada interpretación de la preceptiva constitucional, la misma resultaría obligatoria y no podría desatenderla otro órgano jurisdiccional diverso al momento en que sea llamado a resolver un conflicto en el que deba aplicar la misma disposición constitucional.

El anterior es el punto que genera controversia, desde luego porque si así fuera establecido ello importaría erosionar la independencia con que los órganos jurisdiccionales aplican las normas jurídicas, entre ellas la Constitución Política, de momento que quedarían obligados a seguir la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en sus fallos, cuando aquella fluya de los razonamientos decisorios en que la resolución se funda.

Parece pertinente señalar que en primer trámite constitucional la Comisión respectiva de la Cámara de Diputados rechazó las dos enmiendas antes referidas.

De una parte, al acoger una indicación de los Diputados Araya, Bustos, Cardemil, Ceroni, Eluchans, Cristián Monckeberg, Nicolás Monckeberg, Soto, Walker y Ward, eliminó el inciso 4º antes transcrito, pues estimó redundante lo allí dispuesto “con los principios generales del derecho público, que evidentemente rigen estas materias”, pues afirmar que todos los órganos del Estado están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal resuelva constituye una reiteración innecesaria. Se entendió entonces que el alcance del precepto propuesto estaba referido exclusivamente a lo resolutivo de la sentencia del Tribunal Constitucional, mas no a los razonamientos en que la decisión se funda.

En relación al segundo de los tópicos implicados, el Ejecutivo presentó indicación para reemplazar el inciso final del texto del Mensaje, por el siguiente:

“Toda sentencia del Tribunal que modifique o altere sustantivamente lo que hubiere resuelto con anterioridad sobre la misma materia, deberá declarar tal circunstancia y precisar las razones fundadas en que dicho cambio se sustenta”.

Con ello, se quiso liberar al Tribunal de una exigencia en extremo gravosa y de dudosa constitucionalidad, como lo sería aquella que lo obligaría a resolver conforme a sus propios precedentes, que sólo podría cambiar por razones fundadas.

No hay duda que tanto la propuesta legislativa primitiva contenida en el Mensaje como aquella originada en la indicación buscan dar certeza jurídica en materia constitucional respecto de los criterios jurisprudenciales, de tal manera que si se produce algún cambio aquel debiera ser siempre justificado fundadamente.

Lo anterior no sólo por razones de certeza o seguridad jurídica, sino que también para dar aplicación al principio de igualdad, y desde luego también para incrementar la legitimidad del Tribunal que se vería menoscabada si aquel no justificare el cambio de su doctrina constitucional.

Sin embargo, a pesar de las bondades que trae consigo obligar al órgano jurisdiccional a motivar su decisión cuando ella conlleve un cambio en la doctrina jurisprudencial previa, del debate generado en este punto quedó claro, al menos para la Comisión respectiva de la Cámara de Diputados, que no resultaba pertinente hacer alusión al vocablo “precedentes”, porque como se expresó en esa oportunidad, “dicho término no se ajusta a la realidad del ordenamiento jurídico chileno”.

Una norma como la propuesta podría incluso ser contraria a la Carta Fundamental, pues si bien ha sido una práctica del Tribunal Constitucional decidir conforme a lo resuelto con anterioridad, establecerlo con carácter imperativo conlleva a una limitación al ejercicio de su jurisdicción, lo cual, naturalmente, no puede establecerse por norma de rango inferior a la Constitución.

4. EL VALOR RELATIVO DE LAS SENTENCIAS, LA JURISPRUDENCIA Y EL PRECEDENTE

Las apreciaciones que anteceden nos parece resultan congruentes con el valor relativo que tienen las sentencias y la jurisprudencia en nuestro sistema de fuentes del Derecho, como se puede inferir de las siguientes consideraciones.

Iniciado el proceso de codificación con el triunfo de las ideas de la Revolución Francesa, se aceptó como dogma que al Poder Judicial le está vedado dictar reglas generales, puesto que la plenitud de la creación de normas jurídicas y su interpretación auténtica se encuentra radicada en el Poder Legislativo.

Para el racionalismo jurídico las leyes son un producto perenne, indeleble, la expresión misma de la soberanía, y se dictan para regular todas las conductas sociales. Se genera así un sistema donde predomina la ley como base del orde-

namiento y en el que la jurisprudencia no tiene valor como fuente del derecho. Como lo grafica Montesquieu: el juez es tan sólo “la boca que pronuncia las palabras de la ley”; “los jueces son seres inanimados, que no pueden atenuar la fuerza y el rigor de la ley”.

No obstante el nulo valor que se asignaba a la “jurisprudencia de los tribunales”, expresión que se llegó a decir debe ser cancelada de nuestra lengua, tal creencia ha sido abandonada como consecuencia de la nueva concepción del postulado de la separación de poderes: la actividad jurisdiccional no se reduce sólo a la función de declarar el derecho legislado al que el juez debe ceñirse con estrictez. Se admite ahora que aquel con su decisión es capaz de crear una solución que puede revestir carácter persuasivo y exigirse en otros casos con un alcance general.

Eso explica que la jurisprudencia cobre vida como fuente del derecho no sólo en los países del *common law*, donde se ha desarrollado el concepto del precedente, que en esencia obliga o vincula en la solución de nuevos casos, sino también como un fenómeno común a todos los ordenamientos, en los cuales, cada vez con más fuerza, se reconoce valor a la jurisprudencia, aunque no obligatoria, para entender que aquella produce un efecto de persuasión o disuasivo que puede servir de base para la resolución de conflictos futuros.

De allí que en los sistemas de derecho codificado se hable hoy que “la jurisprudencia es fuente del derecho”; que “hay que tener en cuenta los fallos dictados por los tribunales superiores de justicia” y que estos “tienen cierta relevancia jurídica”.

Con todo, debemos admitir que en los países en los que no impera la cultura del precedente no existe una teoría general que explique el alcance y efectos de las sentencias que sientan jurisprudencia, como sí se ha desarrollado en los países anglosajones.

Como fuere –jurisprudencia o precedente– procuran realizar el valor de la igualdad en la respuesta jurisdiccional: una regla elemental de justicia exige tratar de igual forma a quienes se encuentren en situaciones análogas prohibiendo la discriminación. Pues no resulta saludable para la función judicial que sus decisiones aparezcan como variables, contradictorias o impredecibles. Ello, además de alentar la litigiosidad temeraria, quiebra el postulado de la igualdad.

El esfuerzo, entonces, radica en idear vías para garantizar la unidad de los criterios jurisprudenciales, por las indudables ventajas prácticas que de ello se derivan para el funcionamiento del sistema judicial: la uniforme aplicación de las normas jurídicas, la posible predicción del resultado de las decisiones, la seguridad jurídica, entre otros, constituyen garantías del debido proceso.

Lo anterior es sin perjuicio de las necesarias adaptaciones y cambios que en una sociedad dinámica se irán produciendo en la aplicación del derecho. En tal evento –en todo caso– el sentenciador estará obligado siempre a argumentar, a justificar el cambio de su decisión.

Si al derecho de juristas –como se denomina a la solución del conflicto cuando proviene de una persona a quien se le reconoce la capacidad para resolver un determinado problema jurídico–, o al derecho legislado –cuando la solución se encuentra en la aplicación de una norma general creada por el órgano legislativo– se les reconoce valor, con igual convicción debe admitirse que hoy los jueces, al resolver un caso concreto, bajo ciertas condiciones, pueden igualmente crear derecho. El punto, entonces, radica en determinar la fuerza que se asignará a la sentencia a los fines indicados.

En los extremos dos modelos se advierten sobre el particular. En Inglaterra, por ejemplo, la decisión de la Cámara de los Lores y de los tribunales que componen la Supreme Court of Judicature configura un precedente de valor vinculante para los futuros casos (*stare decisis*). En Chile, en cambio, nuestro sistema codificado reconoce sólo el principio del efecto relativo de las sentencias, el cual, como se señaló, el proyecto de ley modificatorio de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional procura atenuar, en lo relativo a la aplicación de los enunciados y de la preceptiva constitucional.

De lo expresado hasta ahora cabe precisar que la palabra jurisprudencia no tiene ni ha tenido un único significado. En lo que interesa debemos referirla al producto que surge de la sentencia judicial, donde los tribunales superiores de justicia interpretan el derecho vigente cuando no existe consenso sobre la forma y modo en que aquel da solución a un conflicto y siempre que se exprese fundadamente sobre una misma materia jurídica de modo coincidente y reiterado. Se trataría de una “norma jurídica individualizada”, pero carente de obligatoriedad jurídica general. Lo aislado de una decisión, o la disparidad de criterios sobre una misma materia demuestra que no hay jurisprudencia.

El Código Civil no utiliza la voz jurisprudencia, pero sí alude al término sentencia. Ello se explica por el exacerbado culto a la ley que prevalece en nuestro sistema jurídico y en el rígido sistema de interpretación legal que en dicho Código se regula, el cual, por excepción autoriza recurrir al “espíritu general de la legislación y a la equidad natural”. En suma, porque en verdad el legislador desconfía de la labor jurisdiccional como fuente creadora de derecho.

Recientes modificaciones legales procuran atenuar tal efecto. Así, por ejemplo, el Código de Procedimiento Civil, luego de la modificación que se le introdujera por la Ley N° 19.374, de 18 de febrero de 1995, acepta –implícitamente el concepto de jurisprudencia– al entregarle al pleno de la Corte Suprema la facul-

tad para uniformar la doctrina ante la existencia de fallos contradictorios (art. 780 CPC). En igual sentido el nuevo Código Procesal Penal incorpora otro instrumento para procurar la unidad jurisprudencial. A propósito del recurso de nulidad le asigna a la Corte Suprema su conocimiento, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo (art. 373 letra b). Por lo que si fundado el recurso en tal causal legal se acredita existen interpretaciones contradictorias sostenidas en fallos emanados de tribunales superiores, será aquel conocido por la Corte Suprema y no por las Cortes de Apelaciones, alterándose la regla de competencia en procura de lograr la unificación jurisprudencial (art. 376 CPP).

En el orden administrativo la jurisprudencia emanada de la Contraloría General de la República adquiere un valor vinculante para los órganos que integran el aparato estatal administrador (arts. 8° y 11 Ley N° 10.366).

Se infiere de lo hasta ahora expuesto, que el dogma clásico que atribuía a la jurisprudencia un rol muy secundario se encuentra hoy en nuestro medio sujeto a revisión. Cada vez con más fuerza se admite que los jueces crean derecho, no sólo para suplir las deficiencias legales, sino como un modo de adecuar el Derecho a la realidad social: la ley reina, pero la jurisprudencia gobierna, al punto que una sentencia puede atribuirle un sentido claramente distinto a la ley, e incluso invalidarla. De allí que la doctrina jurisprudencial constituya en la realidad actual una verdadera fuente del derecho.

Las sentencias de los tribunales superiores de justicia, si bien no constituyen precedentes obligatorios para los jueces en nuestro medio, sí conforman una pauta, una señal o advertencia de que la correcta aplicación de la ley es aquella por ellos determinada.

5. LA JURISPRUDENCIA EN LA CULTURA JURÍDICA CHILENA

El derecho a la igualdad y la interdicción de la arbitrariedad, sumada al principio de seguridad jurídica (todos reconocidos en nuestro ordenamiento constitucional), sientan las bases para un mayor reconocimiento del precedente judicial.

Se postula incluso que si el valor de precedente encuentra reconocimiento en el artículo 19 N°s 2 y 3 de la Carta Fundamental, lo dispuesto en el artículo 3° del Código Civil, en cuanto sienta el principio del valor relativo de las sentencias se encontraría derogado tácitamente.

Sin embargo, debe reconocerse que el precedente judicial –en la cultura jurídica chilena– no se encuentra arraigado. Lo prueba el hecho de que aquélla es la

causa por la cual se suprime la norma modificatoria propuesta a la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, en orden a exigir que los precedentes que fluyan de las sentencias que el Tribunal Constitucional dicte resultarían para él obligatorios. Lo anterior demuestra también que en nuestro medio jurídico la jurisprudencia tiene aun un valor residual menor: la legislatura y no las Cortes, es la encargada de crear las leyes, correspondiéndole al juez tan sólo aplicarla al caso concreto en función de los hechos que en el proceso se establezcan.

Se sigue de lo expuesto que sólo un cambio cultural significativo permitiría asignarle una fuerza mayor, aunque no sea para homologarla a la sentencia precedente (*stare decisis*) del *common law*, pero si al menos a fin de reconocer que en aplicación del principio de igualdad ella debe tener un efecto o impacto mayor.

Para transitar en el sentido indicado se hace necesario tener presente las causas que explican el fenómeno que relativiza el valor de las sentencias judiciales en nuestro país. Entre ellas, cabe señalar las siguientes:

1) La certeza y seguridad jurídicas se consiguen sólo promulgando leyes. Tal creencia, y consecuente actitud, niega el valor de la jurisprudencia.

2) El legislador nacional no quiere perder poder. Por ello no le reconoce al Tribunal Constitucional ni a la Corte Suprema la facultad para dictar sentencias que tengan valor de precedente.

3) La amplitud de la competencia de la Corte Suprema que se traduce en una inflación de causas que debe fallar, conspira contra el fortalecimiento de la jurisprudencia.

4) La falsa percepción de que al reconocerse un mayor valor a la jurisprudencia se desprecia el mandato legal y se propicia un método interpretativo libre o un uso alternativo del derecho, por ello jueces y abogados están constreñidos a interpretarlo con los instrumentos exegéticos contenidos en el Código Civil.

La forma de revertir tal práctica y transitar hacia una cultura que valore la jurisprudencia es insistir en la necesidad de fundamentar o motivar adecuadamente las decisiones, no por representar ello una garantía procesal básica –logro de la Revolución Francesa– sino que como una forma de persuasión racional, que de paso incrementará la legitimidad del órgano jurisdiccional. De allí que los sistemas procesales consulten medios de impugnación para prevenir los efectos nocivos de tal carencia.

Junto a lo anterior la publicidad de las sentencias contribuye y aumenta el valor de la jurisprudencia.

6. CONCLUSIÓN

De las consideraciones generales expuestas queda claro que en aplicación del principio constitucional de igualdad ante la ley, por razones de certeza o seguridad jurídica, de previsibilidad y legitimidad, los jueces deben extraer los principios o criterios que, siendo similares a los de una ley escrita podrían servirles de pauta para la decisión de conflictos futuros, aunque ello no puede establecerse con carácter obligatorio.

Asimismo, que cuando un tribunal estime pertinente modificar la doctrina jurisprudencial sentada previamente deberá fundamentarlo en forma debida.

Con todo, estimamos que contraviene la Constitución Política cualquier disposición que pretenda establecer que el juez estará obligado a resolver conforme a un criterio o precedente anterior.

Por consiguiente, cualquier modificación legal que pretenda imponer con carácter obligatorio que un tribunal habrá de seguir en la decisión de futuras controversias el precedente que fluya de la sentencia dictada por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional, no puede establecerse si no es a través de una modificación constitucional, por comprometer el ejercicio de la jurisdicción del órgano respectivo.

Finalmente, la introducción del precedente en nuestra realidad jurídica nacional conlleva un cambio radical en lo cultural y no se logrará a través de modificaciones normativas. Si se desea establecer que el precedente emanado de la sentencia de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional tendrá carácter obligatorio para los demás tribunales, debe priorizarse antes el valor trascendente que cumple la jurisprudencia, para lo cual debe fortalecerse la obligación de fundamentar debidamente fallo y dársele adecuada publicidad.

**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD:
ELEMENTOS PARA EL ANÁLISIS DE LOS PRECEDENTES
EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA Y LA
JURISDICCIÓN ESPECIAL**

*Constitutional control: elements for the analysis of precedents in
administrative action and the specialized courts*

José Antonio Ramírez Arrayás *

RESUMEN

El autor realiza un análisis de algunas de las nuevas competencias del Tribunal Constitucional recibidas luego de la reforma constitucional de 2005, para luego centrarse en el control de constitucionalidad de los actos administrativos, analizando la jurisprudencia sobre la materia del Tribunal Constitucional.

PALABRAS CLAVE

Tribunal Constitucional. Control de constitucionalidad de actos de la administración. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

ABSTRACT

The author analyzes some of the new functions the Constitutional Court received with the constitutional amendment of 2005, focusing next in the consti-

* El autor es abogado, Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Central, Profesor del Postítulo de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. ramirez@aslaw.cl Recibido el 25 abril de 2006, aprobado el 5 de junio de 2006.

tutional control of the acts of the Administration, from the point of view of the doctrine emanating from the decisions of the Constitutional Court.

KEY WORDS

Constitutional Court. Constitutional control of acts of the Administration. Constitutional Court case law.

La Carta Política de 1980 entrega al Tribunal Constitucional las funciones propias de supremo intérprete de la voluntad del Constituyente, para ello goza de la titularidad de la función de control de constitucionalidad para los actos emanados de los diversos órganos que actúan en el ejercicio del principio de la soberanía del Estado.¹

El Texto Fundamental por medio de los arts. 93 y ss. –tras la reciente reforma 2005–, enumeran y regla los respectivos tipos de ejercicio de control de constitucionalidad que practica el Tribunal que involucra a otros órganos del Estado. Mencionemos en este punto algunos de sus alcances característicos: en el proceso de formación de Ley y de la normativa legal vigente, así como de los tratados internacionales; respecto de los actos de la administración; en la función judicial en cuanto existan gestiones pendientes y deba declararse inaplicable un texto legal o en la dictación de sus autos acordados; en el control de legalidad de la Contraloría General de la República; en el funcionamiento de las organizaciones, movimientos o partidos políticos; o bien en las contiendas de competencia entre autoridades políticas o administrativas que no correspondan al Senado.

No nos detendremos en el detalle de los diversos tipos de control. Nos interesa resaltar algunas de las nuevas atribuciones que la citada reforma encomienda al Tribunal Constitucional, en cuanto ellas son determinantes en concentrar el ejercicio de la función de velar por la supremacía constitucional, en particular, como veremos, en la relación con el presidencialismo vigorizado que define nuestro sistema institucional.

El Tribunal, como “guardián” de la Constitución, no tendrá contrapesos y fijará, dentro del marco constitucional, sus propias competencias. Corolario de lo anterior será la entrega que el Constituyente formula del control a posteriori de las leyes, dejando su inaplicabilidad ahora en manos de la propia Corte de lo Constitucional y sustrayéndola, por tanto, del conocimiento de la Corte Suprema.

¹ Como advierte Giorgio Berti. 1990. *Interpretazione Costituzionale*, Edit. CEDAM, segunda edición, p. 603, la Corte Constitucional es, bajo el perfil institucional, el órgano de “chiusura” (clausura) del ordenamiento entendido como jurisdicción.

Además, incorpora la potestad para monopolizar la sentencia de inconstitucionalidad de preceptos legales con efectos derogatorios –ex nunc–.²

A la judicatura ordinaria se le sustrae, también –en beneficio del Tribunal Constitucional–, de la potestad de dictar los autos acordados que regulan su funcionamiento interno, en cuanto a vigilar la constitucionalidad de los textos que emanan de la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones.

En este mismo sentido de “monopolizar” el rol de “velador” constitucional se le entregan a este Tribunal los conflictos de competencias que se generan entre los tribunales inferiores de justicia y las autoridades políticas, cuestión que se radicaba –en el Texto de 1980– en la Corte Suprema. Cabe hacer notar a este punto que no se confió a esta Corte Constitucional los conflictos suscitados entre las autoridades políticas y los tribunales superiores de justicia, manteniendo el criterio institucional de permitir dilucidar esta materia al Senado, no obstante la opinión doctrinaria partidaria del principio de la monopolización.³

La defensa de la Constitución se liga así, en nuestro sistema institucional, a la justicia constitucional que recoge como fuente la concepción kelsiana, justificada por razones históricas, sociales y culturales: el apego a la normatividad jurídica, la ausencia de un criterio casuístico que ampare la tendencia del “judicial review”, la seguridad jurídica que emana del texto conocido por presunción legal, tras su publicación oficial.

Chile sigue el modelo europeo predominante de control concentrado de constitucionalidad,⁴ y entrega al Tribunal de lo constitucional, un bloque de competencias y atribuciones, no sujetas a un control político, pues se encuentran excluidos de aquellas autoridades susceptibles de acusación parlamentaria, como sí lo son los ministros de los tribunales superiores de justicia y el Contralor General de la República, por notable abandono de deberes.

En el caso chileno, esta vigorización de la justicia constitucional concentrada en el Tribunal, debe necesariamente vincularse, en el sistema de fuentes del derecho

² En este sentido, Gastón Gómez Bernales. 2005, en “La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional”, obra colectiva *Reforma Constitucional*, Editorial LexisNexis, coordinador Francisco Zúñiga U., p. 663.

³ Advierte como “curioso” que los borradores y propuestas que fueron de criterio extensivo de control, no prosperaran, Gómez Bernales, ob. cit., p. 684.

⁴ Sobre las características de este modelo Marc Carril, 2000. “La Jurisdicción Constitucional en Europa: Las funciones del Tribunal Constitucional español y las hipotecas del caso chileno”, en *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en Honor de Pablo Lucas Verdú*, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional de México, Servicio Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense, pp. 1473 y ss.

y en la dirección política del Estado, en la actuación del Presidente de la República como titular de la jefatura de Estado, de gobierno y de administración (art. 24).

El sistema constitucional comprende un presidencialismo vigorizado en el que el Presidente mantiene, dentro de sus competencias, las derivadas del proceso de formación de leyes (iniciativa exclusiva en un espectro relevante de materias que indica el art. 65; preponderancia en el origen y tramitación en el proyecto ley de presupuestos, titularidad en el sistema de urgencias y en las observaciones parciales y totales, entre otros); designación de embajadores, ministros y representantes ante organismos internacionales; conducción de relaciones internacionales, nombramiento de los magistrados y fiscales judiciales –en el caso de los miembros de la Corte Suprema con aprobación del Senado–, designación de gabinete bajo régimen atenuado de responsabilidad política, respecto del Parlamento.

Resalta en este cúmulo de atribuciones las que derivan de su potestad reglamentaria, tanto originaria o autónoma como derivada o de ejecución (art. 32 N° 8).

La dirección política (indirizzi) diseñada por el Constituyente se confía al Presidente de la República, quien actúa a través de sus prerrogativas –concordante con el art. 24 de la CPR–, tanto a nivel de las decisiones fundantes –como directrices del Estado (en este caso como Jefe de Estado)–, como en la adopción de las decisiones políticas (a través de las funciones de gobierno), o bien a través de la determinación de las actuaciones administrativas requeridas para este objeto (función administrativa).

En el ejercicio de la potestad normativa reglamentaria del gobierno y la administración, la actuación presidencial se encontrará sometida al control de constitucionalidad, preferentemente de la Contraloría General de la República y del Tribunal Constitucional.

Vemos que la reforma de 2005 refuerza el rol “velador” de la corte constitucional, de manera de asegurar el sometimiento del Gobierno y la Administración al respeto del Estatuto Fundamental.⁵

Conveniente resulta revisar, a este punto, el nuevo texto Constitucional a la luz de las modificaciones introducido al Texto Originario de 1980. El art. 93 del texto 2005, en su numeral 6, contempla como atribución del Tribunal Constitucional resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presi-

⁵ Sobre los distintos criterios del Tribunal Constitucional respecto a su relación con los órganos del Estado y, en particular, la “deferencia razonada”, Patricio Zapata Larraín. 2002. *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Biblioteca Americana Universidad Andrés Bello, pp. 73 y ss.

dente de la República, que la Contraloría General haya representado por estimarlo inconstitucional (en conformidad al art. 99).

Esta norma es similar a la dispuesta en numeral 6° del art. 82 del texto original de 1980.

Sin embargo, encontramos una diferencia sustancial en la atribución sobre control de constitucionalidad de los decretos supremos “cualquiera sea el vicio invocado”, incluyéndose los que fuesen dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República, cuando se refieren a materias que pueden estar reservadas a la ley por mandato del art. 63 (numeral 16 del art. 93).

El texto de 1980, en su versión primaria, no incluía esta frase genérica “cualquiera sea el vicio invocado”, procurando así abrir el conocimiento para los defectos de forma y sustantivos.

Adelantemos aquí una reflexión hermenéutica: si la postura del Constituyente reformador fue la de otorgar seguridad o certeza interpretativa, en el sentido de que el control de constitucionalidad que ejerce el Tribunal lo es tanto para los vicios de forma o de procedimiento en la formación del acto administrativo, como de contenido, esto es, en lo sustantivo, por contrariar la Constitución, podría estimarse que la redacción admite un ejercicio de duda.

Si el ideario del Constituyente fuera admitir el control extensivo de los vicios –formal o sustantivo–, esto podría aparecer menguado al parecer que se limita el control cuando la potestad reglamentaria autónoma excede al campo de reserva legal (que prevé el art. 63).

Esto es, podría desprenderse que no habría control de la potestad reglamentaria originaria en el caso que se refiera la cuestión de constitucionalidad a aspectos diversos a la reserva de ley.

No podría ventilarse ante esta Corte los asuntos que versen, por ejemplo, sobre supuestas vulneraciones de la Constitución por parte de un decreto supremo, que se reconoce como una materia propia de la potestad reglamentaria.

La voz “cuando”, que ocupa el Constituyente, podría entenderse que condiciona la causal de examen.

Nos inclinamos decididamente por entender de manera teleológica y armónica este precepto, de manera de asumir que los vicios sujetos a control son de carácter general, formal o sustantivos, propios de la potestad reglamentaria autónoma como de la derivada.

Resurge aquí una discusión doctrinaria y jurisprudencial acerca de la función que ejerce la Contraloría General de la República en el trámite de toma de razón.

A propósito del Decreto Reglamentario N°140 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, se presenta al Tribunal Constitucional, en noviembre de 1990, un requerimiento basado en la inconstitucionalidad del Decreto Supremo, cuestión que derivó en que la Presidencia de la República de la época argumentara la incompetencia de este Tribunal para controlar la constitucionalidad sustantiva de los decretos.

La tesis gubernamental de entonces radica en que los actos de la administración –entre los que se incluye los decretos supremos– “están sometidos al control de legalidad... examen confiado a un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República”.

Advierten ilustres profesores que sustentan la posición gubernamental que una posición contraria –esto es, control sustantivo de los decretos– “chocaría con una interpretación que convirtiera a la Contraloría en un mero órgano de fiscalización interna, en un asesor jurídico y un contable del Ejecutivo, a transformar el examen de legalidad en un juicio siempre provisorio susceptible de ser reclamado por inconstitucionalidad...”⁶

La posición contraria, que acoge la procedencia del requerimiento de constitucionalidad sustantivo de los decretos, la encontramos en las opiniones, entre otros, de Teodoro Rivera. Este autor, en el propio proceso del Tribunal Constitucional, argumenta que los controles de la Contraloría y del Tribunal Constitucional son complementarios, esgrimiendo que lo que hace la Corte de lo Constitucional difiere de lo que se le mandata a la Contraloría General de la República, pues la primera se basa en un proceso de “racionalidad judicial”, confrontando pareceres diversos y oyendo a las partes, y atribuye al segundo, esto es, la Contraloría, una función de contralor o fiscalizador privado de estos elementos.

Agreguemos a los conceptos vertidos sobre estos tópicos por Alejandro Ferreira, quien señala que “existen suficientes elementos que permiten sostener la conveniencia y necesidad del control de constitucionalidad de los decretos, de los cuales el más saliente y decisivo se relaciona con la importancia que en nuestro sistema tiene la potestad reglamentaria autónoma”.⁷

⁶ Zapata Larraín, Patricio. 1994. *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, primera edición, Editorial Jurídica La Ley, pp. 180 y ss., describe en detalle las posiciones y discusión doctrinaria, citando entre los suscriptores del documento que avala la postura gubernamental a los profesores Carlos Andrade, José Luis Cea, Enrique Evans, Humberto Nogueira, Jorge Precht, Mario Verdugo y Emilio Pfeffer.

⁷ Justicia Constitucional: análisis del Tribunal Constitucional chileno español, Memoria para optar al

El Tribunal fijó en esta ocasión su jurisprudencia que se mantendrá hasta nuestros días, en cuanto a que “esta atribución de conocer los reclamos que otorga la Carta Fundamental al Tribunal Constitucional en el caso que el Presidente de la República dicte un decreto inconstitucional, no puede quedar subordinada a que la Contraloría General de la República curse sin observaciones un decreto supremo, pues del contexto armónico de las disposiciones del art. 82 de la Constitución Política se desprende en forma inequívoca que el Tribunal Constitucional tiene supremacía constitucional”.⁸

De esta manera, el Tribunal Constitucional declara que “en uso de sus facultades exclusivas... tiene las atribuciones constitucionales suficientes para entrar a conocer y resolver el requerimiento sobre la inconstitucionalidad” del decreto supremo.

Esta discusión se repite con ocasión del Decreto Supremo, del Ministerio de Justicia, N° 143, que privó a la sociedad benefactora y educacional Dignidad de su personalidad jurídica.

El Tribunal Constitucional reafirmó su competencia para conocer de la inconstitucionalidad de los decretos supremos. Por su parte, el gobierno de la época persiste en el criterio de desconocer la facultad en este ámbito de la Corte de lo Constitucional, por cuanto no tendría “facultad de declarar inconstitucional un decreto particular dictado en conformidad a una ley vigente”.

Siguiendo esta línea argumental, el Tribunal Constitucional sólo tendría facultad para examinar, en el caso de un decreto autónomo, “el cómo y el qué se ha dictado, y si fuese de ejecución se preocuparía cómo se ha dictado”.⁹

Anotemos que el rechazo al requerimiento se basó en la incompetencia para reclamar la inconstitucionalidad de las leyes en que se funda el decreto, entendiendo que sería materia del control de constitucionalidad propio de ley, que deriva en la inaplicabilidad que debería conocer la Corte Suprema (según el texto de 1980).

Aprovechemos esta ocasión para aprovechar el espacio doctrinario para argumentar que estos fundamentos se alteran con la reforma 2005, pues será el

grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1992, pp. 191-192, recogido por Patricio Zapata, op. cit., pp. 180 y ss.

⁸ Op. cit., Patricio Zapata, p. 14.

⁹ Patricio Zapata, op. cit., pp. 180 y ss., quien advierte que “de acuerdo a esta interpretación, un decreto de ejecución formalmente impecable, que se limita a aplicar una ley inconstitucional, sólo perderá validez jurídica si la Corte Suprema declara inaplicable por inconstitucional la ley fundante o bien si el tribunal de fondo constata la derogación tácita de ésta por contradicción con el texto constitucional posterior”.

propio Tribunal el que conoce de la inaplicabilidad con efectos parciales y en su caso ex nunc (art. 93 N^{os} 6 y 7).

La competencia del Tribunal Constitucional para conocer de los Decretos Supremos la encontramos en los fallos relativos a publicidad caminera N^{os} 146 y 167, el primero de 21 de abril 1992 y el segundo de 6 de abril de 1993.

En sentencia, con votación dividida, la mayoría estimó la inconstitucionalidad del decreto, aduciendo que la materia tratada era propia de ley que regula o desarrolla una actividad económica.

Se apartaría del ámbito de la potestad reglamentaria autónoma, que tiene como límite el dominio máximo legal.

Lo que nos interesa en estos fallos es destacar la consecuente jurisprudencia de la recepción de la competencia para conocer de la inconstitucionalidad de los decretos supremos, ahora por la afectación de la reserva legal, cuestión que aparecería pacífica –al menos en cuanto a competencia– de la revisión del numeral 12 del art. 82 del texto originario, lo que se recoge y se fortalece con la reforma de 2005.

Asentado pues el principio de la competencia sobre los decretos supremos, los fallos del Tribunal Constitucional serán más relevantes en cuanto reproche de constitucionalidad de los decretos supremos que exceden la reserva legal (que consagraba el art. 60 –hoy 63– original en relación al art. N^o 8 de la CPR).

En este sentido, encontramos la objeción de constitucionalidad que efectúa el Tribunal Constitucional en el proyecto de ley que modifica la Ley 19.175 relativa a la estructura y funciones de los gobiernos regionales de 14 de junio de 2005.

En este fallo se declara inconstitucional “el hecho de delegar en un Reglamento la organización interna del gobierno regional”.

Los criterios de mayoría y minoría del Tribunal en fallos como Tarifa de Peajes, Rol N^o 183, ponen al descubierto el debate sobre el ámbito de la potestad reglamentaria reguladora, especialmente en materias económica y los límites que impone la reserva legal que estatuye el Constituyente en las materias propias del denominado “dominio máximo” que se le concede al legislador.

Advirtamos desde ya que, en cuanto al precedente de los fallos del Tribunal Constitucional, en materia de seguridad jurídica para la actuación de la administración en el campo regulatorio, estará dominado por el análisis casuístico, sobre los alcances que la norma reglamentaria tenga en las diversas situaciones en que se dicte un decreto de esta naturaleza.

El hecho que existan en materias reguladas por ley, lo que se reafirma en el art. 19 N° 21 de la CPR, sobre actividades económicas y su regulación legal, conllevar a un examen de constitucionalidad cuando la actuación administrativa del regulador pueda suponer una vulneración del propio marco legal regulatorio.

Las certezas jurídicas de los precedentes en estos ámbitos –jurisdicción regulatoria– serán extremadamente complejas, en la medida en que los procesos vinculados a actividades económicas se apartan cada vez más de soluciones ortodoxas o clásicas y adquieren la necesidad de constantes pronunciamientos y revisiones técnicas.

Esto hace necesario que sea el administrador un ágil y eficiente pronunciator de normas que, preservando la reserva legal, permita el necesario dinamismo y correcta actuación de los actores económicos, ya sean públicos o privados.

Reflexionemos en este ámbito en un asunto esencial, respecto a los precedentes de la jurisprudencia constitucional, siempre en este ámbito regulatorio.

Los órganos que ejercen jurisdicción especial, como el caso del Panel de Expertos relativo a la legislación eléctrica, las Comisiones Arbitrales, que estatuye la Ley de Concesiones de Obras Públicas, el Tribunal de la Libre Competencia, por nombrar algunos casos, podrán ser sujetos de control de la constitucionalidad respecto de sus resoluciones.

Entendemos que la Corte Suprema es titular de la Superintendencia directiva correccional y económica de todos los tribunales de la nación (art. 82). Si, en definitiva, estos órganos especiales ejercen jurisdicción, y por tanto serían tribunales, puede el Tribunal Constitucional conocer de la constitucionalidad de sus resoluciones, una vez que la Corte Suprema ejerza sus funciones de Superintendencia, salvo el caso que la propia legislación de estos órganos de jurisdicción especial establezcan la posibilidad de interponer recursos ante la justicia ordinaria.

A lo anterior, debe agregarse que el Tribunal Constitucional admite, dentro de sus atribuciones, el resolver la inaplicabilidad de los conceptos legales a raíz de cualquier gestión que se conozca en “ante un tribunal especial” (art. 93 N° 6).

En consecuencia, al asimilar estos órganos de jurisdicción especial a tribunales especiales, se admitiría la sujeción al control de constitucionalidad, que hemos mencionado, del Tribunal Constitucional.

La importancia del control de constitucionalidad en el ámbito del ejercicio de la potestad reglamentaria, y en particular en la actuación de los órganos administrativos, radica precisamente en la ampliación progresiva de competencias normadoras en ámbitos técnicos que requieren, sin embargo, estar reglados.

Se encontrará esta situación de manera acentuada en el campo de la actuación económica de órganos públicos y privados y, en especial, cuando se encuentran comprometidos servicios públicos.

En este sentido, el legislador ha previsto, al amparo del reconocimiento del Constituyente, la ampliación de actuación administrativa. De esa forma se entiende el mandato constitucional para exigir la necesaria probidad y transparencia de los procedimientos administrativos (a través del art. 8º nuevo de la reforma 2005), que es armonioso con el ya originario principio de igualdad en la protección de la ley en el ejercicio de las personas, y por ende de los administrados (art. 19 N° 2).

A su vez, es concordante con los principios de responsabilidad de la Administración del Estado y de sus organismos y municipalidades, así como de los funcionarios propiamente tales que hubieran causado daño a los particulares.

Vemos cómo el Tribunal Constitucional, ante el Proyecto de Ley que fija las Bases de los Procedimientos que rigen las Bases de la Administración del Estado, Rol 374, de 13 de mayo de 2003, no advierte inconstitucionalidad en las facultades del órgano administrativo que inició un trámite de procedimiento para disponer su acumulación con otros más antiguos, con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, o su desacumulación y que respecto de esta resolución no proceda recurso alguno.

A su vez, el propio Proyecto de ley eliminaba la posibilidad de recurso alguno respecto de la decisión de la autoridad administrativa que ordene la tramitación de urgencia al procedimiento, lo que tampoco sufre una cuestión de constitucionalidad.

Confía así el Tribunal Constitucional en el procedimiento de resolución de conflictos en vía administrativa, aun cuando en algunos casos no admita recursos de reclamación en su etapa de tramitación, esto no afectaría el principio general del debido proceso que garantiza el propio Constituyente (art. 19 N° 3).

En esta línea argumental es que puede citarse la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Proyecto de Ley que regula sistemas de transporte de energía eléctrica y otras materias, Rol N° 430, de 10 de marzo de 2004, en que admite al Ministro del ramo fijar tarifas de subtransmisión y sus respectivas fórmulas de indexación vía decreto supremo, luego de un procedimiento que involucra tanto a la autoridad administrativa como a los terceros interesados y, en su caso, al Panel de Expertos.

Vemos cómo el Tribunal admite la constitucionalidad de este tipo de procedimientos de regulación público-privada que establece derechos y obligaciones para los diversos agentes que intervienen en la actividad económica y que impactan a los usuarios y consumidores.

Emulando a Pizzorusso sobre “la panoplia constitucional”, veremos aquí una amalgama de estatutos jurídicos que se superponen y que requieren control de constitucionalidad caso a caso, como resulta de la incorporación del art. 7º del referido Proyecto eléctrico en que se aprueba por el Tribunal Constitucional la constitucionalidad de reconocer a los integrantes del Panel de Expertos, su secretario abogado y personal auxiliar las normas sobre responsabilidad administrativa y probidad establecidas en la Ley Orgánica de Bases Generales de Administración del Estado, no obstante –como reconoce el Tribunal– que no forman parte de dicha administración. Esto se aprecia asimismo en la sentencia sobre Bases del Medio Ambiente Rol N º185 y sobre Tarifa de Peaje, Rol 183 de 17 de mayo 1984, en particular en el análisis del ámbito de la reserva legal.

El Constituyente, como sabemos, se inclinó por el dominio legal máximo, esto es, entregar al proceso de formación de ley la capacidad de pronunciarse sólo sobre las materias contenidas en el catálogo que el propio art. 63 de la Carta Política describe detalladamente, las restantes materias serán resorte de la potestad reglamentaria originaria. Esta última concentrará particular relevancia en el campo de la regulación de especialidad técnica. El control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional, acentuado tras la reforma de 2005, enfrenta el desafío casuístico de determinar su sujeción –de los decretos– al estatuto constitucional aplicable. La vinculatoriedad del precedente constitucional estará marcado por el raciocinio jurídico aplicado en la hermenéutica constitucional.