

# LAS TENSIONES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL CON EL LEGISLADOR Y EL JUEZ ORDINARIO: REFLEXIONES PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN CHILENA

## The Tensions of the Constitutional Justice with the Legislator and the Ordinary Judge: Proposals for a New Chilean Constitution

Miriam Henríquez Viñas

Universidad Alberto Hurtado

E-mail: [miriamhenriquez@yahoo.es](mailto:miriamhenriquez@yahoo.es)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5900-9347>



Autor

El artículo trata sobre la jurisdicción constitucional que realiza el Tribunal Constitucional de Chile, en el sentido restringido del control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales, con miras a analizar los aspectos controvertidos de sus relaciones con el legislador y la jurisdicción ordinaria. En el estudio de estos aspectos se plantean las cuestiones de diseño o práctica constitucional que han generado críticas y tensiones interorgánicas; se presentan ideas y propuestas para el debate constituyente en curso, se examinan la doctrina constitucional chilena y comparada, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.



Resumen

*The article is about of the constitutional jurisdiction developed by the Constitutional Court of Chile, in the restricted sense of the control of constitutionality of infra constitutional norms, to analyze the controversial aspects of its relations with the legislator and the ordinary jurisdiction. In the study of these aspects, the questions of constitutional design or practice that have generated criticism and interorganic tensions are raised; ideas and proposals for the ongoing constitutional debate are presented, the Chilean constitutional doctrine and comparative doctrine are examined, as the jurisprudence of the Constitutional Court.*

Justicia constitucional; Tribunal Constitucional; legislador; justicia ordinaria; nueva Constitución Chile



Key words

*Constitutional justice; Constitutional Court; legislator; ordinary justice; new Constitution Chile*

Recibido: 18/10/2021. Aceptado: 09/11/2021



Fechas

## 1. Introducción

Supremacía constitucional y jurisdicción constitucional son inescindibles. La supremacía constitucional no puede ser un mero postulado normativo o intrasistemático, sino que requiere del respaldo de una práctica social e institucional que así permita reconocerla (Prieto, 2013, pp. 160-161). Tal práctica se verifica a través de las instituciones de reforma constitucional y garantía jurisdiccional.

La garantía jurisdiccional de la Constitución —denominada también jurisdicción constitucional— se relaciona con la existencia de procedimientos que permitan desaplicar o anular las normas inferiores que resulten contradictorias con la norma constitucional.

El presente trabajo versa sobre este último asunto, la jurisdicción constitucional, que realiza el Tribunal Constitucional de Chile (en adelante el Tribunal Constitucional), en el sentido restringido del control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales, con miras a analizar posibles cambios en el marco del proceso constituyente en curso sobre los aspectos controvertidos de sus relaciones con el legislador y los jueces ordinarios.

La relevancia de la temática escogida radica en que, estos últimos años, el Tribunal Constitucional de Chile ha sido objeto de la ya tradicional crítica al carácter contramayoritario de este tipo de órganos, fundada en que una magistratura sin representación política se impone en ciertas ocasiones a la decisión pública de la mayoría: la del legislador<sup>1</sup>. Tal crítica se ha agudizado cada vez que el órgano de justicia constitucional ejerce el control previo de constitucionalidad de proyectos de ley sobre asuntos políticamente sensibles y relevantes para la sociedad, y cuya declaración de inconstitucionalidad convierten al Tribunal Constitucional en una tercera Cámara con poder de veto. Lo dicho se acentúa por el diseño constitucional, que establece el carácter obligatorio del control de los proyectos de ley orgánica constitucional (Henríquez, 2019, pp. 153-190).

A la crítica del carácter contramayoritario del Tribunal Constitucional se suma que sus sentencias no se coordinan adecuadamente con las de los tribunales de justicia, particularmente con las de Corte Suprema.

Las respuestas a tales cuestionamientos han sido canalizadas a través de propuestas de reforma constitucional<sup>2</sup> y próximamente se discutirán en el marco del proceso constituyente en marcha que busca sustituir la Constitución vigente por una nueva Carta Fundamental. De esta forma, quienes estiman que estas objeciones son insalvables proponen: a) mudar de modelo de control de constitucionalidad de las normas jurídicas, instaurando en Chile el control judicial difuso, eliminando al Tribunal Constitucional; b) volver a radicar la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la Corte Suprema, tal como estuvo previsto en la Constitución de 1925 y en la Constitución Política previa a la reforma constitucional de 2005; y c) mantener

---

1 En términos simples Fernando Atria, en un trabajo de 1993, plantea su posición contraria a que un órgano no representativo tenga la última palabra o se imponga sobre el legislativo. A esto le denomina “objeción democrática” (Atria, 1993, pp. 367 y ss.)

2 En este sentido se encaminan la decena de proyectos de reforma constitucional al Tribunal Constitucional, que se encuentran en tramitación. (Boletines n.º 11.663-07; 11680-07; 11099-07; 5803-07; 5802-07; 6186-07; 10082-07; 11374-07; 11389-07; 12076-07).

el control de constitucionalidad concentrado en el Tribunal Constitucional, pero con competencias limitadas y revisadas<sup>3</sup>.

Respecto al control previo de constitucionalidad de los proyectos de ley, las propuestas de cambio van desde: a) eliminarlo respecto de todo tipo de proyectos que contengan normas con jerarquía legal, e incluso respecto de los tratados internacionales; b) circunscribirlo solo a algunas materias; y c) ajustarlo a un control facultativo y de los aspectos procedimentales de los proyectos de ley (sin distinción de su tipo) y de la reforma constitucional, manteniéndolo de forma previa y obligatoria solo respecto de los tratados internacionales.

Las propuestas de cambio relacionadas con la sentencia del Tribunal Constitucional y sus efectos respecto de la judicatura ordinaria se orientan a explicitar el efecto obligatorio y vinculante de sus decisiones para todos los órganos del Estado, incluso proponiendo el establecimiento de un sistema de precedente constitucional vinculante, para favorecer la igualdad ante la ley, la certeza jurídica y la economía procedimental.

Señalado el ámbito de análisis, los asuntos que se abordarán en el presente trabajo son las atribuciones y los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional chileno, para así analizar los aspectos controvertidos que pueden mejorarse en la relación de la jurisdicción constitucional con el legislador y con los jueces ordinarios. En el análisis de estos aspectos se plantearán las cuestiones de diseño y práctica constitucional que han generado críticas y tensiones interorgánicas. Finalmente, se presentarán reflexiones y propuestas para el debate constituyente en curso. Para la consecución de lo anterior, se examinará la doctrina constitucional chilena y comparada, así como la jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional.

## 2. Atribuciones de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional

Luego de la reforma constitucional de 2005 a la Constitución Política, aprobada el 26 de agosto por la ley n.º 20.050, la jurisdicción constitucional en Chile se encuentra concentrada en el Tribunal Constitucional. El capítulo VIII trata del Tribunal Constitucional y lo consagra como un órgano de jurisdicción especial del Estado, autónomo e independiente de cualquier otro órgano o autoridad, cuya principal función es ejercer el control de constitucionalidad de las normas jurídicas. El control que realiza el órgano de justicia constitucional es previo y represivo, así como abstracto y concreto, tanto de las infracciones (inconstitucionalidad formal) como de las contradicciones (inconstitucionalidad material) de las normas infraconsti-

---

3 Las reformas propuestas al Tribunal Constitucional se concentran principalmente en sus atribuciones de control previo de los proyectos de ley y en perfeccionar la acción de inaplicabilidad en el sentido de: a) determinar el valor de la sentencia estimatoria de inaplicabilidad para los jueces ordinarios; b) la oportunidad de la interposición de la acción; c) el estándar argumentativo en la medida de suspensión de la gestión pendiente; d) el conocimiento y decisión en salas; y e) la relación entre la acción de inaplicabilidad y la acción de inconstitucionalidad. Ver informe final. Grupo de estudio de reforma al Tribunal Constitucional. 25 propuestas para un Tribunal Constitucional del siglo XXI, junio de 2019, pp. 31-32. Disponible en <https://www.plataformaconstitucionalcep.cl/propuestas-de-contenidos-para-la-nueva-constitucion/propuestas-especificas-regimen-politico/tribunal-constitucional/informe-final-25-propuestas-para-un-tribunal-constitucional-del-siglo-xxi>

tucionales, tales como la ley, los decretos con fuerza de ley, los reglamentos autónomos y de ejecución.

Según el artículo 93 de la Constitución, las principales atribuciones del Tribunal Constitucional relativas al control de constitucionalidad de las normas son ejercer un control: a) previo, obligatorio y abstracto de los proyectos de ley interpretativa de la Constitución, de ley orgánica constitucional y de los tratados internacionales que versen sobre materias de esta última (n.º 1.º); b) represivo, facultativo y concreto de los autos acordados (n.º 2.º); c) previo, facultativo y abstracto de los proyectos de ley, de reforma constitucional y de tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso (n.º 3.º); d) previo y represivo, facultativo y abstracto de los decretos con fuerza de ley (n.º 4.º); e) represivo y facultativo de los preceptos legales (n.º 6.º); f) represivo, por acción pública o de oficio por el Tribunal Constitucional, y abstracto de los preceptos legales (n.º 7.º); g) previo, facultativo y abstracto de los decretos supremos de ejecución y resoluciones del Presidente de la República (n.º 9.º); h) represivo, facultativo y abstracto de los decretos supremos autónomos y de ejecución del presidente de la República (n.º 16.º). Además, el Tribunal Constitucional tiene competencias sancionatorias por la vulneración del sistema constitucional democrático y atribuciones en materia de organización institucional; entre otras relativas a su administración.

La reforma constitucional de 2005 introdujo relevantes novedades funcionales a propósito del control de constitucionalidad de los preceptos legales: a) reunió en el Tribunal Constitucional el control previo de los proyectos de ley y el control posterior de los preceptos legales; b) radicó en el Tribunal Constitucional el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, antes conocido por la Corte Suprema, con modificaciones a su naturaleza; c) atribuyó legitimación activa a los jueces para solicitar la inaplicabilidad respecto de los preceptos legales que fueran decisivos para la resolución de los casos que están conociendo; y d) facultó la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal vigente con efectos generales y *ex nunc*.

La carga de trabajo del órgano constitucional se concentra fundamentalmente en la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que supone un control de la *aplicación* del precepto legal en un caso determinado a fin de verificar si tal aplicación resulta contraria a la Constitución. No es un control normativo del precepto legal, sino un control de la aplicación de dicho precepto a fin de verificar si produce efectos inconstitucionales<sup>4</sup>. Podría ocurrir, entonces, que un precepto legal sea constitucional en abstracto pero que sea inconstitucional en su aplicación a un caso, produciendo efectos inconstitucionales.

El Tribunal Constitucional está facultado para declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, de conformidad con el artículo 93 inciso 11 de la Constitución, en el supuesto de que un tribunal de justicia, ordinario o especial, lo requiera por estimar que un precepto legal, decisivo para la resolución de un caso del que está conociendo, en su aplicación pueda resultar contrario a la Constitución. También podrá plantearlo alguna de las partes de la gestión judicial pendiente.

---

4 Como expresa Gastón Gómez: “Mientras en el antiguo artículo 80 bastaba la constatación de que la ley contrariaba la Constitución, el artículo 93.6 exige que el precepto legal sea contrario a la Constitución, pero en su aplicación a un caso. [...] De este modo, la valoración que efectúe el TC de los hechos del caso o de las condiciones de aplicación del precepto influyen en la sentencia” (Gómez, 2013, p. 36).

Por su parte, por los 4/5 de sus integrantes en ejercicio, el órgano de justicia constitucional podrá declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal ya declarado inaplicable —según lo expresa el artículo 93 n.º 7 de la Constitución— lo que podrá efectuarse de oficio o a petición, existiendo al efecto acción pública. Los presupuestos de la acción de inconstitucionalidad han sido definidos jurisprudencialmente por el mismo órgano y son: a) debe tratarse de la inconstitucionalidad de un precepto de rango legal; b) la referida norma debe haber sido declarada previamente inaplicable por sentencia del Tribunal Constitucional; c) el proceso de inconstitucionalidad debe haberse iniciado por el ejercicio de una acción pública acogida a tramitación por el Tribunal Constitucional o por una resolución del mismo actuando de oficio; y d) debe abrirse proceso sustanciándose y dictándose la correspondiente sentencia<sup>5</sup>.

Las atribuciones del Tribunal Constitucional que generan mayor tensión con el legislador son las de control previo y obligatorio de los proyectos de ley orgánica constitucional y la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal previamente declarado inaplicable por inconstitucionalidad. A su vez, la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es el ámbito en el que suelen generarse “roces” con la jurisdicción ordinaria porque su presupuesto es la aplicación de un precepto legal en una gestión judicial pendiente. Como se advierte, no son solo las atribuciones del Tribunal Constitucional sino los efectos de sus sentencias los que provocan ciertas dificultades o tensiones interorgánicas. Por lo anterior, es indispensable conocer los tipos, efectos y problemáticas que representan las sentencias del Tribunal Constitucional.

### 3. Los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional

El artículo 94 de la Constitución Política trata sobre la sentencia del Tribunal Constitucional y dispone:

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. 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. En el caso del n.º 16 del artículo 93, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo. No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 o 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. Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de todo o parte de una ley, de un decreto con fuerza de ley, de un decreto supremo o autoacordado, en su caso, se publicarán en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación.

Las principales problemáticas de la sentencia del órgano de justicia constitucional son: a) la Constitución Política no explicita su carácter obligatorio y de cosa juzgada, cuestión que repercute en el acatamiento de los tribunales de justicia de las sentencias del Tribunal Constitucional, al no existir un vínculo formal de control procesal o disciplinario entre las magistra-

---

<sup>5</sup> Así se ha señalado en las sentencias de inconstitucionalidad, Roles 681-06, 1345-09, 1254-08, 1710-10, citadas por (Navarro, 2011, p. 133).

turas; b) el efecto varía según sea el objeto de control; c) no es claro el efecto invalidatorio de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, ámbito de especial tensión entre el Tribunal Constitucional y el legislador; y d) la relación entre la sentencia estimatoria de inaplicabilidad y la acción de inconstitucionalidad es forzada.

Como se lee, la Constitución no expresa el valor de cosa juzgada de la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional; sin embargo, este efecto ha sido inferido por la doctrina mayoritaria en el sentido de que el fallo es inamovible e indiscutible (Ríos, 2010, p. 61; Colombo, 2005, p. 285)<sup>6</sup>. Por otra parte, la Constitución tampoco se refiere a los efectos obligatorios y vinculantes de la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional respecto de los demás órganos del Estado; no obstante, cierto sector de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional le reconoce —sin mayores cuestionamientos— valor vinculante. Esto último, a pesar de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional carece del valor de precedente obligatorio (Henríquez, 2013, pp. 14 y 15).

El alcance de la sentencia del Tribunal Constitucional varía según sea la oportunidad del control, la forma en que este se ejerce y la norma jurídica sometida a su conocimiento. Así, en los casos de control previo y abstracto de normas contenidas en un proyecto de ley, de un tratado que verse sobre materias de ley, de reforma constitucional, de un decreto con fuerza de ley, aún no vigentes, la declaración de inconstitucionalidad impide su entrada en vigencia con efectos generales y hacia el futuro. Tal efecto está asignado por la Constitución en el artículo 94 inciso segundo que dispone: “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”.

Sin embargo, una sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad, dictada en el ejercicio del control previo, no impide el cuestionamiento de la norma en el control posterior realizado en virtud de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por un vicio distinto a los que haya referido expresamente el Tribunal Constitucional.

La sentencia que emana del control posterior de un precepto legal en la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (artículo 93 n.º 6 constitucional) tiene efecto vinculante para la gestión, para las partes y para el tribunal que conoce de ella. Lo anterior, como recalca Manuel Núñez, pues “tanto la acción que empuja el ejercicio de la jurisdicción, como el proceso que dirige esta última, giran en torno a la aplicación judicial de un precepto legal” (Núñez, 2012, p. 18). La sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional producirá efecto de cosa juzgada limitado a las partes y al juez del proceso judicial, sin afectar la vigencia o la validez del precepto legal impugnado, sino tan solo su aplicación total o parcial en el caso concreto. A su vez, el efecto de cosa juzgada supone que no puede renovarse la discusión del mismo asunto ya decidido por el Tribunal Constitucional en la misma gestión judicial.

---

6 Algunos autores, como Patricio Zapata, le atribuyen a la sentencia valor de cosa juzgada en el sentido de la obligatoriedad y la inamovilidad: “La cosa juzgada, es el efecto de la sentencia que permite darle cabal y efectivo cumplimiento a lo resuelto. Se despliega este efecto en dos sentidos. Por un lado, obligando a todos los destinatarios de la decisión, privados o públicos, a su acatamiento. Por otro lado, este efecto asegura que el mismo asunto que fue objeto de la decisión no será materia de un nuevo litigio” (2008, pp. 363-364).

Otros, como Emilio Garrote, estiman que existe una cosa juzga constitucional *sui generis* por razón de las particularidades de las sentencias emanadas del control de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, produciendo efecto de cosa juzgada formal y no material (2012, p. 421).

Por su parte, la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad dictada en el control posterior y abstracto de un precepto legal vigente (artículo 93 n.º 7 constitucional) implica la declaración de su invalidez con efectos generales y *ex nunc*, lo que significa que la norma impugnada deja de pertenecer al orden jurídico.

La Constitución no se refiere a la invalidez, sino a los efectos que dicha invalidez producirá en el tiempo, señalando que no serán retroactivos y que el precepto legal “se entenderá derogado”<sup>7</sup>. Como expresa Enrique Navarro “el propósito del constituyente fue evitar que la decisión de inconstitucionalidad pudiera tener efecto retroactivo, de forma tal de no alterar situaciones jurídicas consolidadas o amparadas por sentencia o resolución que produzca efectos de cosa juzgada” (Navarro, 2011, p. 130). Esta cuestión ha sido analizada también por José Ignacio Núñez, quien sostiene que se trataría de una forma de eludir las reparaciones patrimoniales derivadas de las restituciones mutuas provenientes de la declaración de invalidez de una ley. En tal sentido ha manifestado que este efecto da pie a la procedencia de la responsabilidad patrimonial del Estado por actos del legislador (Núñez, 2010, p. 187).

Como se advierte, sobre el efecto de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad no existe uniformidad o nítida diferenciación de sus efectos. La misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile hace equivalentes la anulación a la derogación. El órgano de jurisdicción constitucional ha dicho: “es indiscutible que dicha declaración constituye el último recurso para asegurar la supremacía constitucional, desde que implica no solo la *anulación o derogación* de un acto emanado del órgano legislativo”<sup>8</sup>. También ha afirmado: “la declaración de inconstitucionalidad constituye el último recurso —la ‘última ratio’— para asegurar la supremacía constitucional, desde que implica el *dejar sin efecto, con carácter derogatorio*, un acto emanado del órgano legislativo”<sup>9</sup>. Nuevamente, se manifiesta la falta de precisión de los efectos de la sentencia en el ámbito de la validez (inconstitucionalidad) y su proyección en el tiempo (derogación), cuando señala: “de lo expresado anteriormente, debe concluirse que el artículo 94 de la Constitución, al referirse a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, y señalar que la norma declarada inconstitucional se entenderá derogada, alude a una especie de derogación *sui generis*, que debe distinguirse de la derogación efectuada por el legislador, toda vez que no responde a razones de mérito sino a la verificación de un vicio constitucional de orden público; por lo mismo, un efecto ultractivo de las normas derogadas es limitado y solo opera para el futuro”<sup>10</sup>.

A nuestro entender, si se reconoce que la sentencia estimatoria supone que la norma impugnada deja de pertenecer al orden jurídico hacia el futuro, sus efectos no son derogatorios, sino invalidatorios. En un sentido coincidente con el expresado, es decir, de la invalidez, Sergio Verdugo concluye: “Resulta evidente que —a raíz de lo expuesto— la naturaleza de la declaración de inconstitucionalidad no es la de ser una derogación de las leyes. En realidad, la sentencia derogatoria es un acto de nulidad de Derecho Público atenuada en sus efectos” (Verdugo, 2008, p. 253). Así también lo reconoce Humberto Nogueira cuando analiza los efectos de la

7 El artículo 94 de la Constitución Política expresa “se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”.

8 Roles n.º 558-06 y 590-06 (acumuladas), considerando 8º.

9 Rol n.º 1254-08, considerando 21º.

10 Sentencia Rol n.º 1710-10, considerando 27º.

sentencia de inconstitucionalidad: “En esta materia cabe comentar que la Carta Fundamental utiliza una expresión jurídica ‘derogado’ que no es propia de un órgano jurisdiccional sino de un órgano legislativo, y de los efectos de la sucesión en el tiempo de las normas legislativas; en el ámbito de los órganos de jurisdicción constitucional la denominación jurídico técnica correcta es la de nulidad. La nulidad produce la expulsión del precepto del ordenamiento jurídico” (Nogueira, 2010, p. 91). Igualmente, Emilio Garrote reconoce efecto invalidatorio a la sentencia de inconstitucionalidad y dice: “Opera como una sanción depuradora del ordenamiento jurídico. Dado que, la norma declarada inconstitucional es invalidada. Ésta dejará de formar parte del ordenamiento jurídico nacional. Lo que no es más que una consecuencia de lo dispuesto en el inciso final del artículo 7.º de la Constitución” (Garrote, 2012, p. 419).

Finalmente, en esta parte, corresponde analizar la vinculación entre la sentencia recaída en la declaración de inaplicabilidad con la dictada en sede de inconstitucionalidad. Se ha puntualizado jurisprudencialmente que no existe una relación causal entre los juicios de inaplicabilidad e inconstitucionalidad: “en términos que la inaplicación de un precepto provoque y convoque necesaria y obligatoriamente a una declaración de inconstitucionalidad”<sup>11</sup>. En las sentencias del Tribunal Constitucional es posible vislumbrar que —a su juicio— es perfectamente posible que: “una disposición declarada inaplicable puede ser constitucional en abstracto y resultar aplicable en otros casos. Solo será inconstitucional si ninguna interpretación o posible hipótesis de aplicación de la disposición admite su sujeción a la Carta Fundamental”<sup>12</sup>.

Por ello se ha entendido que la declaración de inconstitucionalidad es una facultad del Tribunal Constitucional: “si bien la sentencia previa de inaplicabilidad es condición del ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, esta es examinada y resuelta en su propio mérito y, adicionalmente, exige la calificación de supuestos vinculados al interés público; de manera que, como lo corrobora la historia del proyecto de reforma constitucional reseñada en lo pertinente anteriormente, el Tribunal Constitucional ejercita su atribución facultativamente y no se encuentra obligado a efectuar una declaración de inconstitucionalidad”<sup>13</sup>.

De esta forma, la declaración de inconstitucionalidad supone un control abstracto y exige una completa contradicción entre el precepto legal y la norma constitucional. La declaración de inconstitucionalidad se vincula con la sentencia estimatoria de inaplicabilidad —puesto que se requiere al menos una decisión previa de ese tipo— sin embargo, es una facultad del Tribunal Constitucional y no su obligación declararla, atendida su excepcionalidad e impacto para el orden jurídico. Como se aprecia, la vinculación de la acción de inconstitucionalidad con la acción de inaplicabilidad es forzada, se trata de dos tipos de control en que el Tribunal Constitucional razona de distinto modo, con legitimados activos diferentes y con efectos disímiles.

---

11 Rol n.º 1254-08, considerando 28.

12 Rol n.º 1254-08, considerando 28.

13 Rol n.º 558-06, considerando 17.

## 4. El rol político e institucional del Tribunal Constitucional con el legislador y con la jurisdicción ordinaria

### 4.1. La relación del Tribunal Constitucional con el legislador

Las atribuciones y prácticas del Tribunal Constitucional que se relacionan íntimamente con el legislador y que generan ciertas tensiones son: a) el ejercicio del control previo y obligatorio de los proyectos de ley orgánica constitucional; y b) la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos legales vigentes.

En el primer supuesto, cuando el Tribunal Constitucional ejerce el control obligatorio o preceptivo de los proyectos de ley orgánica constitucional, ralentiza el procedimiento de formación de la ley y su función jurídica tiende a politizarse. Esto último, por cuanto un fallo estimatorio de inconstitucionalidad puede impedir la entrada en vigencia de un proyecto de ley orgánica constitucional ya discutido y aprobado por las Cámaras del Congreso Nacional, funcionando de facto como una tercera Cámara —no electa ni representativa— a propósito de las materias políticamente sensibles que tratan ese tipo de ley. De allí sus críticas y propuestas de cambio en orden a eliminarlo o limitarlo solo a los tratados internacionales o posibles infracciones constitucionales.

Las principales críticas al ejercicio del control previo y obligatorio de los proyectos de ley orgánica constitucional pueden resumirse como sigue: a) se corre el riesgo de producir un gobierno de los jueces, con la consiguiente amenaza de la politización y de pérdida de legitimidad del órgano de control de constitucionalidad; b) se retrasa el procedimiento legislativo; c) los problemas prácticos que ha generado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por ejemplo la duda acerca de quién es la autoridad encargada de calificar la naturaleza orgánica constitucional de los proyectos de ley; y d) la ineficacia del control preventivo para adelantar el vicio de constitucionalidad (Verdugo, 2010, p. 216).

A nuestro parecer, si la futura Constitución mantuviera el control de constitucionalidad de las normas radicado en el Tribunal Constitucional, el control previo debiera mantenerse para resolver los vicios formales y respecto de los proyectos de reforma constitucional y de los tratados internacionales. Esto por cuanto el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad —como control de aplicación del precepto legal— no permite el control de las infracciones o vicios de forma, toda vez que este tipo de vicios afecta la inconstitucionalidad de la norma más allá de su aplicación al caso concreto (Henríquez y Núñez, 2020, pp. 11-22). Luego, la acción de inconstitucionalidad, desligada de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, permitiría el control de constitucionalidad de aquellos vicios de procedimiento que eventualmente no fueron detectados por el carácter facultativo del control previo propuesto.

Por otra parte, correspondería mantener el control previo y facultativo de los proyectos de reforma constitucional. Un control posterior, por ejemplo, vía acción de inaplicabilidad, supondría considerar a la norma de reforma constitucional como un precepto legal. Y como sabemos, las normas de reforma en Chile son normas constitucionales y por ello su control solo puede ser previo, es decir, del proyecto de reforma constitucional (Henríquez, 2011, pp. 461-477). A su vez, el control de la reforma debe solo extenderse a los vicios de forma, esto es, su adecuación con las normas sobre la reforma. No podría controlarse la conformidad material de la reforma a la Constitución porque ella no establece expresamente cláusulas pétreas o inmodificables (Henríquez, 2019, pp. 291-296).

En todo caso, correspondería establecer un control previo y obligatorio para todos los tratados internacionales, versen o no sobre materias de ley. El control previo y obligatorio de constitucionalidad de los tratados sería una vía para resguardar la reforma de la Constitución por una vía distinta a la establecida por ella y para evitar el conflicto entre las normas del tratado y las normas constitucionales, eludiendo los efectos negativos que podría acarrear el control repressivo de constitucionalidad para la estabilidad de los compromisos internacionales y la seriedad del Estado en el ámbito internacional (Henríquez, 2007, pp. 119-126).

En el segundo caso, la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal vigente, el Tribunal Constitucional es el órgano que invalida con efectos generales y *ex nunc* los preceptos legales promulgados por el legislador, convirtiéndose en el legislador negativo en el sentido clásico. No obstante, el Tribunal Constitucional ha ejercido prudentemente la acción de inconstitucionalidad de los preceptos legales vigentes, dictando —en casi quince años de vigor de esta atribución— solo cuatro sentencias estimatorias de inconstitucionalidad<sup>14</sup>. Como puede advertirse, en estos ámbitos el Tribunal Constitucional ha seguido una actitud deferente con el legislador, respetando su autonomía y la presunción de constitucionalidad de las leyes<sup>15</sup>. Sin embargo, subsiste la forzada relación entre la sentencia estimatoria de inaplicabilidad y la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad. A nuestro juicio, como anticipamos, no se justifica, salvo contar con algún grado de certeza previa a la declaración de inconstitucionalidad, que una acción dependa de la otra para su procedencia. La propuesta, en el contexto del actual proceso constituyente, es desligar la acción de inconstitucionalidad de la acción de inaplicabilidad, permitiendo así el control de constitucionalidad de los vicios de procedimiento que no fueron detectados en los casos de control previo y facultativo y que, por la naturaleza del vicio, podrían ser controlados de forma abstracta y con efectos generales directamente vía acción de inconstitucionalidad<sup>16</sup>.

## 4.2. Relación del Tribunal Constitucional con los jueces ordinarios

Respecto a la relación entre el Tribunal Constitucional y los jueces, el ámbito de mayor cercanía entre de la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria se produce a propósito de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y la sentencia estimatoria de inaplicabilidad. Esto por cuanto la decisión del Tribunal Constitucional en orden a declarar la inaplicabilidad de un precepto legal supone para el juez el deber de no aplicar dicho precepto en la causa que está conociendo, manteniendo su atribución sobre cómo resolver el asunto.

Con claridad expone Manuel Núñez sobre el efecto de las sentencias estimatorias de inaplicabilidad respecto a los tribunales de justicia: “En definitiva, la inaplicabilidad judicialmente de-

---

14 Rol n.º 681-2006 que declara la inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario, Rol n.º 1345-2009, respecto del artículo 171 del Código Sanitario, Rol n.º 1254-2008 en relación con el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, Rol n.º 1710-2010 respecto de los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38.º de la ley n.º 18.933.

15 La noción de deferencia razonada ha sido definida en nuestro medio por Patricio Zapata, quien señala que se trata de “reconocer al órgano responsable de la producción de preceptos jurídicos la potestad de buscar de manera flexible las fórmulas normativas que, ajustadas a la Carta Fundamental, le parezcan necesarias o convenientes para la mejor consecución del bien común”, asuntos que debe respetar el Tribunal Constitucional (Zapata, 2008, p. 229).

16 Avalan esta reforma Miriam Henríquez y Pablo Ruiz Tagle. Ver Sierra (2016, pp. 220-222).

clarada opera como una suerte de dispensa de tribunal a tribunal, que, aunque no libera al juez de la gestión de su inexcusable deber de fallar, lo exime de la obligación de aplicar el precepto legal cuestionado si se han dado todos los supuestos hipotéticos para que la norma sea aplicable al caso. Esta dispensa particular genera un pseudovacío legal o una laguna impropia, que es inmediatamente llenada por las reglas comunes y los principios generales que corresponde aplicar en virtud del principio de inexcusabilidad” (Núñez, 2012, p. 43).

Por otro lado, y como se dijo, la sentencia estimatoria de inaplicabilidad produce efectos: a) particulares en la gestión pendiente en que se requiere; b) retroactivos; c) que se traduce en que el juez del fondo no debe aplicar el precepto legal censurado; y d) siendo esta decisión irrecurrible por mandato del artículo 94.

Lo complejo es que, en ciertas ocasiones, el juez de la gestión pendiente no ha acatado la decisión del Tribunal Constitucional. Esto ha sucedido cuando: a) el juez desconoce la sentencia estimatoria y no aplica el precepto legal cuestionado, omitiendo toda referencia en su razonamiento a la primera, basándose, por ejemplo, en que el precepto legal está derogado o es inaplicable para la resolución del asunto; y b) el juez no cumple directamente el fallo del Tribunal Constitucional, mencionándolo, por ejemplo, al reconocerle efectos *pro futuro*.

Este asunto no tiene solución en el actual diseño constitucional toda vez que la Constitución no regula: a) la oportunidad en que la decisión produce efectos. La doctrina se ha limitado a señalar que los efectos son retroactivos, sin mención precisa al momento al que se retrotraen; b) el efecto de cosa juzgada, y en su caso si esta es formal o material; c) su obligatoriedad y la facultad de imperio para hacer cumplir la sentencia al destinatario. Sobre este último aspecto, el acatamiento por el juez de fondo queda librado a su sujeción a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Constitución. Todo desacato —podría suponerse— sería susceptible de revisión en virtud de los recursos de reposición, apelación, casación o queja; sin embargo, al asunto se complejiza cuando quien no acata la sentencia estimatoria de inaplicabilidad es el máximo tribunal.

Como se advierte, la eficacia del diseño y prácticas expuestos dependen en gran medida de: a) los esfuerzos de coordinación entre el Tribunal Constitucional y los tribunales de justicia; b) del acatamiento de los tribunales de justicia de las sentencias del Tribunal Constitucional, al no existir un vínculo formal de control procesal o disciplinario entre las magistraturas; c) la autorrestricción o deferencia razonada del Tribunal Constitucional para no determinar cuál es la norma cuya aplicación prima en el marco de la resolución de la gestión pendiente, para no pronunciarse sobre los efectos de la ley en el tiempo, para no decidir sobre aspectos valorativos relativos a los hechos litigiosos (a menos que ello permita acreditar la vulneración de derechos fundamentales), ni de los aspectos procesales referentes a la *litis*, ni los aspectos relativos a la recta interpretación de la ley. Todos estos asuntos deben ser resueltos por el juez de fondo (Martínez, 2015, p. 265).

## 5. Conclusiones y algunas propuestas

Desde el inicio de su historia constitucional, Chile ha contado con mecanismos orientados a garantizar la supremacía constitucional, controlando que las normas infraconstitucionales no infrinjan (formalmente) o contradigan (materialmente) la Constitución.

Luego de la reforma constitucional de 2005, la jurisdicción constitucional en Chile se encuentra concentrada en el Tribunal Constitucional, cuya principal función es ejercer el control de

constitucionalidad de las normas jurídicas. La reforma constitucional reunió en el Tribunal Constitucional el control previo de los proyectos de ley y el control posterior de los preceptos legales. Este último a través de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y la acción de inconstitucionalidad.

Uno de los temas que genera mayor atención en el proceso constituyente que transita actualmente Chile es la jurisdicción constitucional. Entre los aspectos controvertidos y problemáticos destaca cómo determinadas atribuciones y efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional tensionan ciertos ámbitos de la relación con el legislador y con el juez ordinario.

Una serie de atribuciones y prácticas del Tribunal Constitucional de Chile se relacionan íntimamente con la función del legislador. Principalmente se trata del ejercicio del control previo y obligatorio de los proyectos de ley orgánica constitucional y la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos legales vigentes. Si la futura Constitución mantiene el control de constitucionalidad concentrado en el Tribunal Constitucional y se acota el control previo de constitucionalidad, este debiera mantenerse facultativamente respecto de los vicios de forma de los proyectos de ley (sin distinción del tipo de ley) y de la reforma constitucional. A su vez, establecerse un control previo y obligatorio de los tratados internacionales (sin distinción si versan o no sobre materias de ley).

La principal relación de la jurisdicción constitucional con la jurisdicción ordinaria sucede a propósito de las sentencias estimatorias de inaplicabilidad. El Tribunal Constitucional ha entendido, en consonancia con la doctrina constitucional, que el poder-deber de resolver el caso sobre el que incide la sentencia de inaplicabilidad le corresponde al juez de la instancia. En este ámbito, algunas propuestas de cambio constitucional sugieren: a) explicitar que la sentencia del Tribunal Constitucional obliga a todos los órganos del Estado para resolver los asuntos vinculados a su obligatoriedad. Una sugerencia adicional es considerar también el efecto de cosa juzgada; b) revisar los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad, proponiendo consignar que los mismos sean invalidatorios *ex nunc*; c) precisar el momento al que se retrotraen los efectos de la sentencia de estimatoria inaplicabilidad; d) explicitar la obligación del juez de fondo de analizar en su decisión la sentencia estimatoria de inaplicabilidad; y e) definir un mecanismo procesal para aquellos casos excepcionales en los que el juez de la gestión pendiente desconoce la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional.

## Referencias

### Jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno

Sentencia Rol n.º 558-06.

Sentencia Rol n.º 681-06.

Sentencia Rol n.º 590-06.

Sentencia Rol n.º 1254-08.

Sentencia Rol n.º 1345-09.

Sentencia Rol n.º 1710-10.

## Doctrina

- Atria, F. (1993). Tribunal Constitucional y Objeción Democrática. *Revista Chilena de Derecho*, 20(2 y 3).
- Bordalí, A. (2005). El modelo chileno de jurisdicción constitucional de las libertades. Análisis en el marco de los valores de seguridad jurídica e igualdad constitucional. *Revista de Derecho Valdivia*, XVIII(1).
- Colombo Campbell, J. (2005). Las sentencias constitucionales: tipología y efectos. En Nogueira (ed.), *Jurisdicción constitucional en Chile y América Latina. Presente y prospectivas*. Santiago, Chile: LexisNexis.
- Garrote, E. (2012). Cosa Juzgada constitucional sui generis y su efecto en las sentencias del TC. *Revista Estudios Constitucionales*, 10(2), 391-42. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002012000200010>
- Gómez, G. (2013). *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Diego Portales.
- Henríquez, M. (2007). Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de los tratados internacionales. *Revista Estudios Constitucionales*, 5(1), 119-126.
- Henríquez, M. (2013). ¿Precedente constitucional en el sistema de fuentes del Derecho Chileno? En Martínez Estay, Arancibia Mattar y Romero Seguel (eds.), *Cosa juzgada y equivalentes jurisdiccionales en la litigación Pública* (pp. 3-15) Santiago, Chile: Editorial Abeledo Perrot/Thomson Reuters.
- Henríquez, M. (2019a). La jurisdicción constitucional en Chile. En von Bogdandy, Casal, Morales y Correa (eds.), *La jurisdicción constitucional en América Latina. Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune* (Vol. I, pp. 153-190). Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Henríquez, M. (2019b). ¿Límites materiales a la reforma constitucional? En Asociación Chilena de Derecho Constitucional (ed.), *Una Nueva Constitución para Chile. Libro homenaje al Profesor Lautaro Ríos Álvarez* (pp. 291-296) Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Henríquez, M. y Núñez, J. I. (2020). Reflexiones preliminares sobre los vicios de constitucionalidad de forma en el sistema chileno. En Henríquez (ed.), *Jurisdicción Constitucional y vicios de forma* (pp. 11-22). Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Martínez, J. I. (2015). La deferencia del Tribunal Constitucional respecto del juez de la gestión pendiente en la cuestión de inaplicabilidad. *Revista Estudios Constitucionales*, 13(1), 237-270. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002015000100008>
- Navarro, E. (2011). *El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011): Cuadernos del Tribunal Constitucional*, n.º 43. Santiago de Chile: Tribunal Constitucional.
- Nogueira, H. (2010). La sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: análisis y reflexiones jurídicas. *Revista Estudios Constitucionales*, 8(1), 79-116. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002010000100004>

- Núñez, J. I. (2010). La responsabilidad patrimonial del Estado legislador: un análisis a propósito de las garantías del contribuyente en el sistema chileno. *Revista Estudios Constitucionales*, 8(1), 169-200. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002010000100007>
- Núñez, M. (2012). Los efectos de las sentencias en el proceso de inaplicabilidad en Chile: examen a un quinquenio de la Reforma Constitucional. *Revista Estudios Constitucionales*, 10(1), 15-64. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002012000100002>
- Peña, M. (2006). El precedente constitucional emanado del Tribunal Constitucional y su impacto en la función legislativa. *Revista Estudios Constitucionales*, 4(1), 173-184.
- Prieto, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta.
- Ríos, L. (2010). La sentencia de inconstitucionalidad en la reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional. En H. Nogueira (ed.), *Temas de Derecho procesal Constitucional. Reflexiones jurídicas sobre competencias del Tribunal Constitucional y la nueva LOC del Tribunal Constitucional* (pp. 27-63). Santiago, Chile: Librotecnia.
- Sierra, L. (ed.) (2016). *Propuestas Constitucionales*. Santiago, Chile: Centro de Estudios Públicos.
- Verdugo, S. (2008). La declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto. Una especie de nulidad de Derecho Público atenuada en sus efectos. *Revista Actualidad Jurídica*, 18, 247-297.
- Verdugo, S. (2010). Control preventivo obligatorio: Auge y caída de la toma de razón al legislador. *Revista de Estudios Constitucionales*, 8(1), 201-248. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002010000100008>
- Zapata, P. (2006). Las sentencias atípicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. *Revista Estudios Constitucionales*, 4(2), 175-178.
- Zapata, P. (2008). *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Zúñiga, F. (2010). La relación Tribunal Constitucional-tribunales del fondo y los efectos de la sentencia de inaplicabilidad acerca de los presupuestos. *Anuario Derecho Público*, 370-428.