

# EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY EN CHILE Y EN OTROS PAÍSES DE AMÉRICA

Por LAUTARO RÍOS ALVAREZ \*

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—2. REGRESANDO A LOS ORÍGENES: A) Preceptos claves de la Constitución norteamericana. B) Bases argumentales relevantes del fallo «Marbury vs. Madison».—3. CHILE BAJO LA CONSTITUCIÓN DE 1833.—4. EL ENDEBLE INTENTO DE LA CARTA DE 1925.—5. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN, ¿A QUIÉNES OBLIGA?—6. CONTROL CONCRETO Y DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD POR VIRTUD DEL ARTÍCULO 6.º: A) El concepto de Constitución. B) La falta de fuerza vinculante de la Carta Fundamental. C) La falta de competencia expresa en la materia: a) *Contenido esencial de la supremacía de la Constitución.* b) *Fuente competencial.* c) *Prohibición de obrar contra la Constitución.* d) *Sistema de control jurisdiccional.*—7. UN EXAMEN AL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO (¿SON INFERIORES NUESTROS JUECES?): A) Constitución de Argentina. B) Constitución de Bolivia. C) Constitución de Brasil. D) Constitución de Colombia. E) Constitución de México. F) Constitución de Perú. G) Situación de Venezuela.—8. PERFECTA COMPATIBILIDAD ENTRE LOS ARTÍCULOS 6.º Y 80 DE LA CONSTITUCIÓN CHILENA.—9. RESUMEN CONCLUSIVO.

## 1. INTRODUCCIÓN

Dos grandes mitos, obrando como verdaderas represas de la corriente constitucional, retardaron —tanto en América como en Europa— la puesta en valor del control de constitucionalidad de la ley. Estos mitos paralizantes fueron la soberanía del Parlamento y la separación de los poderes<sup>1</sup>.

\* Profesor-Catedrático de Derecho Público, Universidad de Valparaíso, Chile.

<sup>1</sup> La fuerza de los mitos no sólo radica en el grado de consenso y entusiasmo que despiertan, sino también en su superioridad sobre los mitos derribados por ellos. No debe olvidarse

El Parlamento era la encarnación suprema de la soberanía popular y, por lo mismo, no parecía siquiera concebible que su voluntad soberana pudiera ser fiscalizada ni contradicha. Y la autonomía de cada poder dentro de sus atribuciones exclusivas, impedía que el Ejecutivo —diseñado para hacer cumplir la ley— pudiera contrariarla, y que el Poder Judicial —encargado de aplicarla a situaciones concretas para cuyo conocimiento debía ser requerido— se atreviera a desconocerla ni, mucho menos, osara privarla de efectos.

Blackstone había dado por sentado que «el poder del Parlamento es absoluto y *sin control*»..., que éste dispone de «autonomía soberana e incontrolable para hacer, ratificar, ampliar, restringir, derogar, restablecer e interpretar cualquiera ley»... y que «en verdad, lo que el Parlamento hace ninguna autoridad sobre la tierra puede deshacerlo»<sup>2</sup>. Esta convicción, de origen británico, fue compartida por todo el constitucionalismo europeo.

Por otra parte, el dogma de la separación de poderes, tan bien articulado por Locke<sup>3</sup>, Montesquieu<sup>4</sup> y Rousseau<sup>5</sup>, entre otros ilustres precursores del constitucionalismo republicano —consistente en que todo poder obra bien dentro de su competencia y ningún poder debe interferir en las atribuciones propias de otro poder—, adquirió tan enorme fuerza expansiva que aún hoy puede encontrarse formulado en modernas constituciones, siendo oportuno recordar aquí el postulado lapidario de la «Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano» de 1789, que sostenía y sostiene que: «Toda sociedad en que no esté asegurada la garantía de los derechos *ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución*» (art. 16).

Pues bien, superando estas dos barreras colosales, el Poder Judicial de Norteamérica abrió paso al principio de la supremacía de la Constitución y al instrumento más efectivo para asegurar su eficacia, que no es otro que el control de constitucionalidad de la ley.

Tanta admiración suscitó esta innovación formidable, que Alexis de Tocqueville le dedicó un capítulo de su célebre obra *La democracia en América*, bajo este sugestivo título: «El Poder Judicial en los Estados Unidos y su acción sobre la sociedad política»<sup>6</sup>.

---

se que la soberanía del Parlamento derrotó al mito del derecho divino de los reyes. Y la separación de poderes prevaleció sobre la concentración del poder en el monarca, propia del absolutismo. De allí su prestigio y su mérito.

<sup>2</sup> Sir WILLIAM BLACKSTONE (1723-1780), *Comentario de las leyes de Inglaterra*, Libro I, cap. II.

<sup>3</sup> JOHN LOCKE, *Ensayo sobre el Gobierno civil*, cap. XII.

<sup>4</sup> CHARLES DE SECONDAT, barón de Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Libro XI, cap. VI.

<sup>5</sup> JEAN JACQUES ROUSSEAU, *El contrato social*, Libro II, caps. VI y VII, y Libro III, caps. I y IV.

<sup>6</sup> Dice Tocqueville: «El juez norteamericano se parece efectivamente a los magistra-

De allí también que el jurista español García de Enterría haya pronunciado un veredicto justo al sostener: «Esta concepción de la Constitución (su supremacía), es ella misma la gran creación del constitucionalismo norteamericano, la gigantesca aportación de este constitucionalismo a la historia universal del Derecho»<sup>7</sup>.

Tengo la convicción que, para que la supremacía de la Constitución sea una garantía para todos y adquiriera vigencia efectiva en nuestras repúblicas, el control de constitucionalidad debe practicarse del modo en que fue ideado por sus inventores: cualquier juez debe tener la atribución de inaplicar, en el caso del que conoce, toda ley contraria a la Constitución.

Intentaremos aquí poner en relieve la insuficiencia del sistema de control concentrado para asegurar a todos los ciudadanos la supremacía de la Constitución y la necesidad de complementar ese control —plenamente válido en el plano abstracto— con el sistema de control difuso para el caso concreto, único dispositivo que pone la eficacia de ese principio al alcance de todas las personas.

Este dispositivo existe y ha funcionado satisfactoriamente en numerosos países de Iberoamérica. El requerimiento constitucional de que también funcione en Chile es el segundo —pero no menos importante— propósito de este trabajo.

## 2. REGRESANDO A LOS ORÍGENES

No está demás iniciar esta travesía recordando cuáles fueron las bases constitucionales y argumentales sobre las que el juez Marshall y la Suprema Corte de los EE.UU. de Norteamérica construyeron el principio de la Supremacía de la Constitución, a partir del célebre fallo «*Marbury vs. Madison*» (1803).

---

dos de las otras naciones. Sin embargo está revestido de un inmenso poder político. ¿De dónde viene esto? ¿Se mueve él en el mismo círculo y se sirve de los mismos medios que los demás jueces? ¿Por qué posee, pues, un poder que estos últimos no tienen? La causa está en este solo hecho: los norteamericanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones sobre la *Constitución* más bien que sobre las *leyes*. En otros términos, les han permitido no aplicar las leyes que les parezcan anticonstitucionales. Sé que un derecho semejante ha sido algunas veces solicitado por los tribunales de otros países; pero no se les ha concedido nunca. En los Estados Unidos de América, es reconocido por todos los poderes; no hay partido ni hombre alguno que se lo dispute», *ob. cit.*, F. C. E., México, 1984, p. 107.

<sup>7</sup> EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1982, p. 123.

## A) Preceptos claves de la Constitución norteamericana

Las disposiciones en que se funda el principio referido —conforme al propio fallo aludido, que las cita— son las siguientes:

«Artículo III. Sección 2. *El Poder Judicial tendrá jurisdicción en todos los casos, que de acuerdo con la Ley y la equidad dimanen de esta Constitución, así como de los tratados concertados o por concertarse, bajo su autoridad; en todos aquellos que conciernan a embajadores, ministros y cónsules; en todos los que caigan en la jurisdicción del almirantazgo y la marina; en las controversias en las que los Estados Unidos sean parte; en las desavenencias entre dos o más Estados; en las que surjan entre un Estado y los ciudadanos de otra entidad».*

«Artículo VI (párrafo 2.º). *Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se dictaren y todos los tratados celebrados o que se celebren con la autoridad de los Estados Unidos, deberán considerarse la ley suprema en el país; y los jueces de cada Estado acatarán lo que ella disponga, sin considerar lo que dispongan en contrario la Constitución o las leyes de cada Estado».*

«Artículo VI (párrafo 3.º). Los senadores y representantes mencionados, así como los miembros de las diversas legislaturas estatales, y *todos los funcionarios de los Poderes ejecutivo y judicial, tanto de los Estados Unidos como de los diferentes Estados, se obligarán por juramento o promesa a sostener esta Constitución pero jamás se exigirá profesión de fe religiosa como requisito para ocupar un empleo o cargo público de los Estados Unidos»*<sup>8</sup>.

## B) Bases argumentales relevantes del fallo «Marbury vs. Madison»

«La circunstancia de que el pueblo tenga el derecho original de establecer esos preceptos (la Constitución) para su gobierno futuro y que, en su opinión, deben conducir primordialmente a su propia felicidad, forma la base en que se asienta todo el edificio de Norteamérica. El ejercicio de este derecho original significa un esfuerzo muy grande; el cual no puede ni debe repetirse con frecuencia: por consiguiente, *los preceptos así establecidos deben considerarse como fundamentales; y como la autoridad de la cual proceden es suprema, y actúa con rareza, están destinados a ser permanentes.*

<sup>8</sup> Ver Const. Política de EE.UU. y el fallo «Marbury vs. Madison» en RICHARD B. MORRIS, *Documentos fundamentales de la historia de los Estados Unidos de América*, Ed. Limusa, México, 1986, pp. 78 y 134, respectivamente.

Esta voluntad original y suprema es la que organiza el gobierno y asigna a las diversas dependencias sus respectivos poderes. Puede abarcar hasta allí o bien establecer ciertos límites que no deberán ser traspuestos por esas dependencias.

El gobierno de los Estados Unidos pertenece a la última descripción. Las facultades de la legislatura están definidas y circunscritas; *y para que esos límites no sean confundidos u olvidados hay una Constitución escrita.* ¿Con qué fines se limitan los poderes y cuál es el objeto de que esa limitación se consigne por escrito, si esos términos pueden, en cualquier tiempo, ser traspasados por aquellos a quienes se trata de confinar? La diferencia entre un gobierno con poderes restringidos y otro con facultades ilimitadas, está abolida si esos límites no confinan a la persona con respecto a la cual aquéllos se imponen, y si los actos que se prohíben y los que se permiten requieren iguales obligaciones. El hecho de que la Constitución controle cualquiera disposición legislativa incompatible con ella; o de que la legislatura modifique la Constitución mediante un decreto común, entraña una proposición tan simple que no amerita discutirse.

Entre estas alternativas no hay término medio. La Constitución es una ley excelsa, inmodificable por los medios ordinarios, o bien se encuentra en un mismo plano con las disposiciones legislativas comunes y, a semejanza de otros actos, es alterable cuando a la legislatura le plazca modificarla. Si la primera parte de la alternativa es la cierta, entonces, una disposición legislativa que se oponga a la Constitución, no es una ley; si la correcta es la última parte, las constituciones escritas resultan ser intentos absurdos, por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia esencia, es ilimitable.

En realidad, todos aquellos que han formulado constituciones escritas, las consideran como si fueran la ley fundamental y suprema de la nación y, en consecuencia, *la teoría de todo gobierno así estructurado debe considerar nulo todo decreto de la legislatura que se oponga a la Constitución.* Esta teoría se adhiere esencialmente a una constitución escrita y, por tanto, esta Corte debe estimarla como *uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad.* Así pues, no debe perderse de vista una consideración ulterior de este asunto.

Si una ley de la legislatura, incompatible con la Constitución es nula, ¿cumple y obliga a las Cortes a ponerla en vigor a pesar de su invalidez? O, en otros términos, aunque no se trate de una ley, ¿constituye un ordenamiento tan efectivo como si lo fuese? En realidad, lo anterior destruiría de hecho lo que se estableció en teoría; al parecer, y a primera vista, algo muy absurdo como para insistir en ello. Sin embargo, recibirá mayor atención.

Recae notablemente en la incumbencia y en los deberes del departamento judicial manifestar en qué consiste la ley. Los que apli-

can el precepto a casos particulares, forzosamente deben exponer e interpretar ese precepto. Si hay leyes en pugna, los tribunales deben decidir sobre los efectos de cada una de ellas.

Así pues, si una ley es contraria a la Constitución; si tanto la ley como la Constitución se aplican a un caso determinado, de modo que el tribunal deba decidir ese caso conforme a la ley, sin tener en cuenta a la Constitución; o bien, conforme a ésta y sin considerar la ley; el tribunal debe determinar cual de estos ordenamientos en pugna debe normar el caso. Lo anterior radica en la esencia misma del ejercicio de la justicia. Si entonces los tribunales se basan en la Constitución y ésta es superior a cualquier disposición ordinaria de la legislatura, la Constitución, y no ese decreto común, debe regir el caso al cual ambas se aplican...».

Más adelante, el fallo prosigue así:

«¿Por qué (...) se ordena a los jueces prestar juramento para apoyar la Constitución? En realidad, este juramento se aplica de manera especial a su conducta como funcionarios públicos. ¡Qué inmoral resultaría imponerlo a éstos si fueran a utilizarse como instrumentos, y como instrumentos a sabiendas, para violar lo que juran sustentar!

Asimismo, el juramento de oficio que impone la legislatura, constituye una demostración franca del criterio legislativo a este respecto. Se otorga en estos términos: 'Juro solemnemente que impartiré justicia, sin distinción de personas, y que otorgaré iguales derechos al pobre y al rico; y que desempeñaré, leal e imparcialmente, todos los deberes que me corresponden como... según mi leal saber y entender, conforme a la Constitución y a las leyes de los Estados Unidos'.

¿Por qué un juez jura desempeñar sus deberes conforme a la Constitución de los Estados Unidos, si esa Constitución no constituye la norma de su gobierno? ¿Si lo envuelve y no puede ser examinada por él? Si ésta es la situación verdadera de las cosas, es peor que una burla solemne. Y el hecho de prescribir o de prestar este juramento se convierte también en un delito.

No debe menospreciarse el hecho de que al declarar cuál será la ley suprema del territorio, se menciona en primer término a la propia Constitución y no a las leyes de los Estados Unidos en general, y *sólo tienen esa categoría las que se han formulado conforme a la Constitución*.

Así pues, la terminología particular de la Constitución de los Estados Unidos, reitera y fortalece el principio, que se supone esencial en todos estos instrumentos escritos, de que una ley contraria a la Constitución es nula y que los tribunales, así como otras dependen-

cias, quedan obligados por ese instrumento». (Todos los énfasis, obviamente, son nuestros)<sup>9</sup>.

La Suprema Corte norteamericana no intentó constituirse en un poder superior al Congreso con capacidad de anular las leyes opuestas a la Constitución dictadas por éste. Simplemente defendió las prerrogativas de su propia área: el ejercicio de la jurisdicción. Y en este ejercicio reclamó *para todo juez* la facultad de interpretar la ley para aplicarla al caso en que se solicitara su intervención. Y, sentando el principio de supremacía de la Constitución, común para todos los poderes constituidos, estableció su prerrogativa y su deber —en caso de conflicto entre ésta y una ley estatal o federal— de preferir aquélla en virtud de su rango supremo. Con esta arquitectura simple puso la primacía de la ley superior al alcance de todos. La organización jerárquica de la justicia y la fuerza del principio *stare decisis* hizo el resto. La ley inconstitucional sigue siendo ley, pero queda muerta. El mérito vinculante del precedente conseguirá que ningún juez vuelva a aplicarla. De allí que —mucho después de nacer— en la nomenclatura ideada por la doctrina, el sistema nortamericano se haya calificado de «control difuso» por atribuirse a todos los jueces y de «control concreto» por recaer en el caso particular —con efecto inter partes— sin pretensiones de anular la ley.

Fue en el continente europeo, bien entrado el siglo XX, donde se ideó un sistema de control radicado en un órgano especial, directamente creado por la Constitución, con poder de privar de vigencia a la ley inconstitucional y con efecto erga omnes. Por la operación de cotejo entre dos entidades generales y teóricas como son la Constitución y la ley, este sistema se denominó «control abstracto». Y por quedar radicado en un solo órgano especializado, se le llamó «control concentrado».

Nadie niega su mérito. Pero en los casos en que este control es preventivo y —sea por omisión o por inadvertencia— deja filtrarse una ley inconstitucional o, siendo aquél posterior al nacimiento de la ley, permanece radicado en un solo órgano, la virtualidad de la supremacía constitucional se le niega al juez ordinario, se mutila su potestad de interpretar la ley y

<sup>9</sup> Sobre el origen y fundamentos del principio de supremacía de la Constitución en el constitucionalismo norteamericano puede verse: MANUEL GARCÍA PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Edit., Madrid, 1984, pp. 421 y ss.; PABLO LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 857 y ss.; CHRISTOPHER WOLFE, *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 61 y ss. y 115 y ss.; SOTIRIOS A. BARBER, *Sobre el significado de la Constitución de los EE.UU.*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984, pp. 234 y ss.; RAÚL CANOSA USERA, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 31-32. Sobre el control de constitucionalidad de la ley en Iberoamérica ver *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, estudio coordinado entre varios autores, por los profesores DOMINGO GARCÍA-BELAUNDE y FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, Ed. Dykinson, Madrid, 1997.

decidir qué norma debe aplicar y —lo que es tanto o más grave— se priva al pueblo en general del acceso al goce de este bien fundamental, dejándolo restringido a una ínfima minoría capaz de ponerlo en movimiento.

Sin perjuicio del desmedro que significa privar al juez ordinario de un aspecto tan fundamental de su jurisdicción, la última consecuencia señalada es la más perniciosa. El modesto habitante de poblados distantes, a veces, miles de kilómetros de la capital, carece de los recursos necesarios para intentar un recurso de inconstitucionalidad o inaplicabilidad en la sede del Tribunal Constitucional o de la Suprema Corte de la metrópolis.

Esto constituye un atentado a la justicia y, desde luego, al preciado valor de la supremacía constitucional. Ya en tiempos de los antiguos romanos, la justicia era un bien, una cosa a conceder, repartir o denegar. De allí que se la haya definido como la virtud consistente en «dar a cada uno lo suyo». Cuando por desconfianza en una capacidad —la interpretativa de la ley— que es consubstancial a la jurisdicción o por el pernicioso afán de centralizar el poder, se niega al juez ordinario la potestad de inaplicar la ley *contraria a la Constitución*, lo que en definitiva se hace es denegar la justicia del caso a quien la pide y la merece y, además, se daña la confianza pública en la certeza y primacía de la Carta Fundamental.

Por todo lo cual es nuestra convicción acendrada que el control concentrado y abstracto, destinado a anular la ley inconstitucional, no basta para resolver el problema. Es necesario que, junto a él, exista el control difuso, referido al caso concreto, con efecto *inter partes* pero al alcance de todos; el cual, si no resulta certero, es susceptible de corregirse por la vía de los recursos procesales.

Un argumento final refuerza esta convicción. Hay situaciones en que la ley —*per se*— no es contraria a la Constitución; pero su aplicación al caso de que se trata tiene efectos reñidos o contrarios a ésta. La inaplicabilidad de esa ley resuelve la justicia del caso y, además, deja subsistente una ley que merece tener carácter *vinculante en sentido general*.

### 3. CHILE BAJO LA CONSTITUCIÓN DE 1833

Comúnmente se cree que, bajo la vigencia de la Carta de 1833, las autoridades de nuestro país no se interesaron en el tema del control de la constitucionalidad de la ley, bajo el supuesto de que esta preocupación incumbía a los órganos co-legisladores y, en especial, al Presidente de la República, quien debía «concurrir a la formación de las leyes *con arreglo a la Constitución*; sancionarlas y promulgarlas» (art. 73 N.º 1).

A raíz de una consulta del Intendente de Concepción, la Corte Suprema emitió un dictamen a petición del Gobierno, el 17 de junio de 1848, que en lo pertinente, decía:

«... el Tribunal observará que ninguna magistratura goza de la prerrogativa de declarar la inconstitucionalidad de las leyes promulgadas después del Código fundamental y de quitarles por este medio sus efectos y su fuerza obligatoria. Ese poder, que por su naturaleza sería superior al del legislador mismo, puesto que alcanzaría a anular sus resoluciones, no existe en magistratura alguna, según nuestro sistema constitucional. El juicio supremo del legislador, de que la ley que dicta no es opuesta a la Constitución, disipa toda duda en el particular y no permite retardos o demoras en el cumplimiento de sus disposiciones»<sup>10</sup>.

No obstante lo anterior, la misma Corte Suprema, en Circular dirigida a las Cortes de Apelaciones del país el 2 de enero de 1867, las instruyó así:

«Las autoridades encargadas de aplicar las leyes a un caso determinado, deben no obstante, dar preferencia en el asunto especial en que se ocupan, a la Constitución si estuviera en clara y abierta pugna con ellas, de la misma manera que a estas autoridades compete, no siendo claro su sentido, penetrar su verdadero espíritu, fijar la legítima inteligencia, esto es, interpretarlas para los efectos del juicio especial que van a pronunciar»<sup>11</sup>.

Sería ilustrativo averiguar si los jueces —incluida la Corte Suprema— hicieron uso de tan interesante instructivo. Pero aun sin esa constatación cabe advertir la notoria coincidencia entre las dos directrices de esta circular con los fundamentos transcritos del fallo del juez Marshall.

El más notable comentarista de la Carta del 33, Jorge Huneeus, después de transcribir el dictamen citado anteriormente, señala que esa misma fue la opinión del Ejecutivo en la nota enviada a la Corte Suprema, el 28 de agosto de 1876, respondiendo a observaciones de ésta sobre la inconstitucionalidad de una delegación de facultades del Congreso en el Presidente. La respuesta decía así:

«¿Dirá ahora V.E. que esa delegación fue inconstitucional? Pero, si lo dice, ¿contra quién podría dirigir ese cargo? ¿Será contra el Congreso, por haber violado la Carta Fundamental, al otorgar aquella autorización? El Tribunal verá si semejante facultad entra en el

<sup>10</sup> Ver ALCIBIADES ROLDÁN, *Elementos de Derecho Constitucional de Chile*, Santiago, 1914, p. 518. Ver también JORGE HUNEEUS, *La Constitución ante el Congreso*, Imp. Cervantes, Santiago, 1891, t. II, p. 239.

<sup>11</sup> MARCOS SILVA BASCUÑÁN, *La Constitución ante los Tribunales*, cit. por ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. III, Ed. Jurídica de Chile, 1963, p. 432.

círculo de sus atribuciones, que, por lo que hace al Presidente de la República y al Consejo de Estado, están muy tranquilos con el cumplimiento del mandato del Congreso, en uso de la autorización que él les confirió».

Y más adelante, la nota añadía:

«La única misión de V.E., conforme exactamente con la de los demás Tribunales, está reducida á la recta aplicación de las Leyes á los casos particulares que ocurren en las causas sometidas á sus fallos, *sin que sea lícito evadir su cumplimiento, ya porque sean justas ó injustas, ya por ser conformes ó contrarias á la Constitución*».

Esta opinión, por lo demás, era plenamente compartida por Jorge Huneeus, y así lo hace constar en su comentario, reforzándolo con la cita del art. 4.º de la Ley de 1875, sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales, que prohibía al Poder Judicial «mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos»<sup>12</sup>.

En resumen —y con la prevención del instructivo de la Corte Suprema recordado antes— no conocemos ninguna *decisión judicial librada bajo la vigencia de la Carta de 1833 que inaplicara una ley contraria a la Constitución, pese a que varias disposiciones de ésta habrían podido dar pie para actuar en ese sentido*<sup>13</sup>.

#### 4. EL ENDEBLE INTENTO DE LA CARTA DE 1925

El control de constitucionalidad de la ley no es más que la garantía instrumental del *principio de supremacía de la Constitución*.

Este principio comporta situar a la Constitución como la primera y la fuente matriz de todas las normas, «*lex superior* —como dice García de Enterría—, aquélla que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema»<sup>14</sup>.

Los juristas norteamericanos fueron coherentes al establecer el mecanismo de la *judicial review* como sistema de control judicial de la constitucionalidad de la ley.

<sup>12</sup> JORGE HUNEEUS, *La Constitución ante el Congreso*, Imp. Cervantes, Santiago, 1981, t. II, pp. 238 y ss.

<sup>13</sup> Ver arts. 27 inc. final, 73 núm. 1.º, 77, 124, 125, 142, 151, 154, entre muchos otros, de la Carta de 1833.

<sup>14</sup> EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *ob. cit.*, p. 123.

Reclamaron *para todo el poder judicial* —y no sólo para su cúpula— la *incumbencia* y el *deber* de «manifestar en qué consiste la ley» y de interpretar los preceptos que deben aplicar. Señalaron que, en caso de contradicción entre la ley y la Constitución, «el tribunal debe determinar cuál de estos ordenamientos en pugna debe normar el caso». Y —a continuación— asentaron, con la fuerza debida, que «lo anterior radica en la esencia misma del ejercicio de la justicia». Para concluir que «si entonces *los tribunales* se basan en la Constitución y ésta es superior a cualquiera disposición ordinaria de la legislatura, la Constitución, y no ese decreto (esa ley) común, debe regir el caso al cual ambas se aplican».

Los constituyentes de 1925 se llenaron la cabeza de fantasmas que les impidieron ver con claridad que o se establecía un sistema de control difuso, como el norteamericano, o no existiría en Chile un control eficiente de la constitucionalidad de la ley, como fue el lamentable resultado.

En los debates de la Subcomisión encargada de su estudio, Luis Barros Borgoño expresó «... la conveniencia que habría en establecer en la nueva Constitución algún poder o autoridad que determine si las leyes que en lo sucesivo se dictan, van o no contra los principios constitucionales. Tal poder o autoridad es en los Estados Unidos de América, la Corte Suprema. Entre nosotros podría serlo también nuestra Corte Suprema, o una Corte Especial».

El Presidente, Arturo Alessandri, advirtió que «... en el proyecto de reforma que él ha elaborado, se contempla una disposición de esta naturaleza en el título relativo a la Administración de Justicia».

Entonces Romualdo Silva observó que «convendría agregar que el tribunal conociera también de las reclamaciones que se hicieran contra disposiciones legales contrarias a la Constitución...». A lo que el Presidente Alessandri replicó que en ello «habría un grave peligro, porque *se constituiría el Tribunal en Poder Legislativo...*»<sup>15</sup>.

En la sesión del 8-VI-25 el Sr. Alessandri propuso introducir la siguiente disposición: «La Corte Suprema velará especialmente por el respeto de esta Constitución y en el caso especial en que conozca, podrá declarar sin efecto cualquier precepto legal contrario a ella».

El Sr. Vicuña hizo indicación de que esta facultad de la Corte pudiera ejercerse no sólo en casos particulares «sino también en general». Entonces el Presidente Alessandri insistió en que, con esa fórmula *se daría a la Corte más poder que al propio Presidente y al Congreso*, arguyendo que siendo así que «como existe la tendencia humana a acentuar las propias facultades, dicho tribunal enmendaría a menudo la obra legislativa, declarando sin fuerza, por inconstitucionales, las leyes que se dictasen, es decir, *asumiendo en el hecho todo el poder*, cuando su papel debe ser pasivo y no activo»<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> *Actas Oficiales*, sesión núm. 7, de 12-V-1925, p. 81.

<sup>16</sup> *Actas*, sesión núm. 19, 8-VI-25, p. 254.

No obstante, para ser justos, debe recordarse que en la Sesión núm. 28 el Sr. Alessandri expresó que, «después de haber meditado mucho sobre esta materia», proponía la siguiente fórmula: «*Los Tribunales de Justicia, en los negocios de que conozcan con arreglo a la ley, aplicarán preferentemente los preceptos de esta Constitución cuando entre ellos y las leyes hubiere oposición*». Era una disposición digna de Perogrullo; pero, en fin, algo decía a quienes aplican los principios —aun los más elementales— sólo cuando los ven puestos por escrito.

Sin embargo, ni siquiera esta inocua proposición logró ahuyentar a los fantasmas.

Don Eliodoro Yáñez alegó que esa prerrogativa correspondía sólo a la Corte Suprema ya que, de no ser así, podría producirse «una grave perturbación en la administración de justicia». No explicó por qué ni a qué clase de perturbación se refería. Verdad es que, tampoco, nadie se lo preguntó.

El Sr. Vicuña Fuentes, por su parte, sin acordarse de que estaban deliberando sobre la primacía de la Constitución, hizo presente «que sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio»...<sup>17</sup>

En definitiva se encargó a José Maza la redacción de este artículo que fue aprobado finalmente con el siguiente texto:

«Artículo 86. La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los Tribunales de la Nación, con arreglo a la ley que determine su organización y atribuciones.

La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación.

Conocerá, además, en las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los Tribunales de Justicia que no correspondan al Senado»<sup>18</sup>.

La reducida envergadura de la que quedó dotado el recurso de inaplicabilidad fue el fruto de una conjunción de temores paralizantes más que

<sup>17</sup> *Actas*, sesión núm. 28, de 9-VII-25, p. 366.

<sup>18</sup> Sobre la historia de este recurso puede verse: RAFAEL RAVEAU, *Tratado elemental de Derecho Constitucional chileno y comparado*, Ed. Nascimento, Santiago, 1939, pp. 379 a 392; CARLOS ESTEVES GAZMURI, *Elementos de Derecho Constitucional chileno*, Ed. Jurídica, Santiago, 1949, pp. 340 a 347; ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN, *ob. cit.*, t. III, pp. 432 a 445; CARLOS ANDRADE GEYWITZ, *Elementos de Derecho Constitucional chileno*, Ed. Jurídica, Santiago, 1963, pp. 597 a 602.

de un espíritu resuelto a proteger vigorosamente la supremacía de la Constitución.

Esas alas endebles, que no servían para volar muy lejos, fueron recordadas aun más por la propia Corte Suprema y por el legislador. En efecto, como lo recordara el presidente de dicha Corte, Sr. Eyzaguirre, en la elaboración de la Carta del 80<sup>19</sup>, del texto transcrito se desprende en forma inequívoca que cualquiera de sus Salas podía conocer del recurso, puesto que éste era procedente «en los casos particulares de que conozca (la Corte Suprema)» o en los recursos interpuestos en juicio; de todos los cuales dicha Corte conoce en Sala. No obstante lo cual el Auto Acordado del Tribunal Supremo de 22-III-1932, dispuso su conocimiento por el Tribunal Pleno. Y otro tanto hizo después el legislador al aprobar el texto del art. 96, núm. 1 del Código Orgánico de Tribunales.

Numerosos estudios procesales, de derecho sustantivo y estadísticos han demostrado que se trata de un recurso poco eficaz, fuera del alcance del común de la gente, lento y paralizante.

Por fortuna, la Constitución del 80 abre un ancho camino al control difuso de constitucionalidad de las normas; camino que no parece haber sido descubierto, por esconderlo la tupida maleza de ciertos prejuicios que intentaremos desbrozar a continuación.

## 5. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN, ¿A QUIÉNES OBLIGA?

El principio de supremacía de la Constitución viene a adquirir en Chile su verdadera relevancia con la Carta de 1980.

Nuestro Código Político vigente dedica un capítulo especial a la organización y facultades del Tribunal Constitucional (T.C.) —injertado en 1970 en la Carta de 1925—, atribuyéndole el control preventivo de constitucionalidad de la ley y de los tratados internacionales con efecto *erga omnes*. El control posterior a la entrada en vigencia de una ley su-puestamente inconstitucional se mantiene radicado en la Corte Suprema, a través de una acción de inaplicabilidad —similar al sistema de la Carta precedente— para el caso concreto y particular de que se trate, es decir, con efecto inter partes quedando subsistente la ley inaplicada.

Cabe destacar aquí que la Carta de 1980 se preocupó de elaborar minuciosamente la norma donde anida el principio de supremacía constitucional. Comparativamente, no hay en la Constitución del 25 ninguna disposición que refleje ni la sombra de la fórmula que con tanta claridad, rigor

<sup>19</sup> Don José María Eyzaguirre Echeverría, Presidente de la Corte Suprema y de la Sub Comisión de Organización y Atribuciones del Poder Judicial, en la ses. 19-X-1976 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución —en lo sucesivo «C.E.N.C.»—, *Actas Oficiales*, ses. N.º 251, p. 146.

conceptual y fuerza normativa acuña el art. 6.º de nuestro actual Código Político.

Esta norma, ubicada en las *Bases de la Institucionalidad* —detalle que no debe olvidarse— dice así:

«Artículo 6.º Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley».

Entre las ricas denotaciones que comporta este precepto, cabe destacar las siguientes:

A) Cuando el inciso primero de la disposición transcrita dispone que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, está prescribiendo tres directivas explícitas y un cuarto mandamiento implícito, pero no menos perentorio:

- a) El mandato va dirigido a todos los «órganos del Estado», es decir —en palabras de Hernán Molina—, a «todos los encargados de formular una voluntad imputable al Estado»<sup>20</sup>.
- b) La expresión «someter su acción», referida a tales órganos, significa subordinar enteramente el cabal ejercicio de su competencia a la preceptiva que se indica.
- c) Tal preceptiva comprende dos tipos de normas y ninguna más, a saber: «la Constitución y las normas dictadas conforme a ella». Las normas contrarias o contrapuestas a la Constitución no obligan a los órganos del Estado, pues quedan fuera del universo normativo vinculante, por disposición expresa de la Constitución.
- d) Por consiguiente, del propio mandato que analizamos y que no admite escapatoria, emana la cuarta consecuencia implícita: los órganos del Estado *no pueden someter su acción a las normas dictadas en disconformidad a la Constitución*<sup>21</sup>.

B) El inciso tercero del precepto en análisis enfatiza la importancia que el constituyente quiso dar a esta norma, apercibiendo a quienes la in-

<sup>20</sup> HERNÁN MOLINA GUAITA, *Derecho Constitucional* (4.ª edición), Imp. Andalién, Concepción, 1998, p. 62.

<sup>21</sup> Ver «El principio de supremacía de la Constitución y el Tribunal Constitucional», discurso inaugural de las *XX Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Edeval, Valparaíso, 1990, t. I, p. 19, especialmente pp. 32-33.

frinjan con las responsabilidades y sanciones cuya determinación entrega a la ley.

Sabemos ya que estas responsabilidades pueden ser políticas, administrativas, civiles y penales. Y que, en lo que concierne a los órganos jurisdiccionales del Estado, su responsabilidad penal se encuentra contemplada en el art. 76 de la Carta Fundamental y en los arts. 223 al 227 del Código Penal.

¿Cómo excusar del delito de prevaricación al juez que, a sabiendas, al dictar un fallo, aplica una ley contraria a una norma expresa y vigente de la Constitución?

C) Hemos dejado el tercer orden de denotaciones del art. 6.º para responder el epígrafe de este párrafo: ¿a quiénes obliga la supremacía de la Constitución?

Ciertamente, a todos los órganos del Estado. Como añade Molina: «Quedan comprendidos todos los órganos constitucionales, de gobierno, legislación o jurisdiccionales, y todos los órganos administrativos encargados de la satisfacción de las necesidades públicas y que se encuentren vinculados orgánicamente al Estado»<sup>22</sup>.

Es tan clara y perentoria la vinculación directa e inmediata que la Carta Fundamental impone sobre todos y cada uno de los órganos del Estado, que *reitera dos veces* este deber de sometimiento, en el mismo artículo 6.º

Por consiguiente, importaría una falta de respeto a la coherencia de la Constitución y al especial imperio de esta norma, suponer que algunos órganos —o alguna categoría de órganos como los tribunales de primera y de segunda instancia (¡nada menos!)— no sólo estarían exentos de la obligación de someterse a las normas dictadas conforme a la Constitución sino —al revés— quedarían facultados para aplicar impunemente cualquiera norma contraria a la Ley Fundamental.

Si, como reza el art. 6.º, «los preceptos de esta Constitución *obligan* tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo», la extensión de los vinculados por ella comprende por igual a todos quienes habitan el país y a los chilenos donde sea que se encuentren y cualquiera sea su condición o estado. Pero no se requiere mucha perspicacia para entender también que si, legalmente, todos estamos *igualmente* sujetos a la Constitución, moralmente *lo están más aun* los órganos que son soportes de la autoridad, de acuerdo al viejo principio que enseña que «a mayor poder, mayor responsabilidad».

En palabras de Silva Bascañán: «Si es deber de toda persona obedecer a la Carta Fundamental, ello impone ineludiblemente la obligación de co-

<sup>22</sup> HERNÁN MOLINA GUAITA, *ob. cit.*, p. 62.

nocerla, de estudiarla y de hacerla conocer y estudiar además por aquellos respecto de cuya formación o capacitación se tiene alguna forma de responsabilidad»<sup>23</sup>.

## 6. CONTROL CONCRETO Y DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY POR VIRTUD DEL ARTÍCULO 6.º

Si fuese necesario explicar las razones por las cuales, bajo la vigencia de la Carta de 1925, no era concebible siquiera, en Chile, la existencia del control concreto y difuso al que nos estamos refiriendo, ésto podría atribuirse a numerosos factores, entre los que vale la pena considerar los siguientes:

### A) El concepto de Constitución

Tanto en Europa como en los países iberoamericanos, en la primera mitad del siglo pasado se concebía la Constitución como un programa que al legislador correspondía desarrollar a fin de adquirir fuerza vinculante para los tribunales.

Comentando el art. 9.1. de la Carta española de 1978<sup>24</sup>, García de Enterría sostiene: «La vinculación normativa de la Constitución afecta a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos, sin excepción, y no solo al Poder Legislativo como mandatos o instrucciones que a este solo cumpliera desarrollar —*tesis tradicional del carácter programático de la Constitución*; y entre los poderes, a todos los jueces y tribunales y no sólo al Tribunal Constitucional»<sup>25</sup>.

Luz Bulnes —en relación al mismo tema— señala «...En general, las Constituciones en su parte material *contenían solo principios programáticos* que debían ser recogidos por el legislador para que se convirtieran en normas vinculantes para los tribunales y para los poderes públicos»<sup>26</sup>.

La Constitución era una Biblia cuyo uso quedaba reservado al Presidente y al Congreso, pero no a los tribunales.

<sup>23</sup> ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN, *Tratado de Derecho Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile, 1997, t. IV, p. 135.

<sup>24</sup> La disposición citada dice: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

<sup>25</sup> EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *El Ordenamiento Jurídico Administrativo*, pp. 100-101, cit. por LUZ BULNES, «La fuerza normativa de la Constitución», *Rev. Chilena de Derecho*, Pontificia U. Católica de Chile, número especial XXIX Jornadas Chilenas de Derecho Público, p. 138.

<sup>26</sup> LUZ BULNES ALDUNATE, *ob. cit.*, p. 137.

## B) La falta de fuerza vinculante de la Carta Fundamental

Consecuencia directa de lo anterior fue que los jueces<sup>27</sup>, en presencia de una ley opuesta a la Constitución, entendían que aquélla era una «declaración de la voluntad soberana», siendo el legislador el supremo intérprete de ésta, al que había que obedecer<sup>28</sup>.

La fuerza directamente vinculante de la Constitución aparece —por primera vez— en la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) de la República Federal de Alemania de 1949, en relación con los derechos esenciales (*Die Grundrechte*), del modo siguiente: «Artículo 1.3. Los derechos fundamentales que se definen a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los Tribunales *como derecho directamente aplicable*»<sup>29</sup>.

En Chile, este principio queda consagrado expresamente, por vez primera con extensión general y con talante enérgico y categórico en el art. 6.º y en cada uno de sus tres incisos.

Explicando el propósito de esta disposición el comisionado Alejandro Silva Bascuñán sostiene:

«*Obligatoriedad de la Constitución.*—Al disponer la Carta que sus preceptos 'obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos (del Estado) como a toda persona, institución o grupo' (inc. 2.º del art. 6.º), la Ley Fundamental pretende que los integrantes de la comunidad política asuman el compromiso de ajustar su conducta a sus mandatos e inspirar sus actos en el propósito de colaborar al cumplimiento de las finalidades del Estado». Más adelante agrega: «El afán que nadie escape a este mandato de obediencia a los preceptos de la Constitución se pone de relieve en la enunciación de los obligados por ella a comportarse según lo prescribe»<sup>30</sup>.

## C) La falta de competencia expresa en la materia

La fórmula restrictiva de la competencia de las autoridades, acuñada primero en el art. 151 (160 original) de la Constitución de 1833, recogida

<sup>27</sup> Hablamos en general. Hubo casos excepcionales —incluyendo fallos dictados en el siglo XIX— en que algunos jueces aplicaban directamente la Ley Fundamental.

<sup>28</sup> En el mismo sentido, el art. 170 N.º 5 del C. de P.C. dispone que las sentencias definitivas contendrán: «La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo».

<sup>29</sup> Ver texto íntegro del capítulo en *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, a/c. FRANCISCO RUBIO LLORENTE y MARIANO DARANAS PELÁEZ, Ed. Ariel-Derecho, Barcelona, 1977, pp. 3 a 7.

<sup>30</sup> ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN, *Tratado...*, cit. en 23, t. IV, pp. 133 y 134.

luego en el art. 4.º de la del 25 y reproducida en el art. 7.º inciso 2.º de la actual, hacían concluir a nuestros jueces —dentro de la literalidad del sentido de las normas, tan propio de nuestra cultura judicial dominante— que era imposible descartar o inaplicar en la decisión de un asunto, las leyes vigentes aunque fueran contrarias a la Constitución.

Contribuyó a reforzar esta convicción la facultad entregada a la Corte Suprema por la Carta del 25 para declarar —ella sola— en ciertos casos particulares, la inaplicabilidad de cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Esa facultad, por consiguiente, quedaba radicada en el Tribunal Supremo y ningún otro tribunal podía ejercerla válidamente.

La situación descrita ha experimentado un vuelco rotundo en virtud de la fuerza normativa del art. 6.º, por las siguientes razones:

#### a) *Contenido esencial de la supremacía de la Constitución*

Es de la esencia de este principio que la Ley Fundamental sea la matriz intelectual y el molde formal de todo el resto del ordenamiento jurídico que le queda subordinado. Vimos ya que los jueces —como órganos del Estado— quedan sometidos al deber ministerial de ejercer su jurisdicción de acuerdo a la Constitución y a las *normas dictadas conforme a ella*. Análogamente, uno de los preceptos de la Constitución norteamericana que sirvió de fundamento al fallo «Marbury vs. Madison» dispone que «Esta Constitución, las leyes de los EE.UU. *que en virtud de ella se dictaren (...)* deben considerarse la ley suprema del país; etc.» (ver 2.A).

Sostener que un juez puede dictar un fallo —o, peor aún, que *debe* dictarlo— aplicando normas contrarias a la Constitución implica directamente atentar contra la supremacía de ésta.

#### b) *Fuente competencial*

No puede concebirse una fuente de competencia más original y de mayor rango que la Constitución. El art. 6.º establece un deber y —por ende— otorga la facultad de cumplir el mandato que impone.

Pero además —esperamos desarrollar esta tesis en otra oportunidad— la facultad de interpretar las normas jurídicas aplicables al caso sub-lite, incluyendo la selección de dichas normas, es parte esencial de la función jurisdiccional; y ningún otro órgano puede restringir la soberanía del juez para decidir lo que está en la esencia de su ministerio. Hace ya cerca de dos siglos atrás, el juez Marshall asentó que «Recae notablemente en la incumbencia y en los deberes del departamento judicial manifestar en qué consiste la ley»; y luego de desarrollar su idea de la interpretación conclu-

yó: «Lo anterior radica en la esencia misma del ejercicio de la justicia» (ver 2.B).

Por lo tanto, la prerrogativa de cada juez de interpretar las normas para decidir cuáles son aplicables y cuáles no lo son, pertenece a la esencia de su función y no requiere de una norma que le otorgue en cada caso facultad para ello.

### c) *Prohibición de obrar contra la Constitución*

Entre las denotaciones del art. 6.º, articuladas anteriormente, señalamos que aquél contiene una prohibición implícita: los órganos del Estado no deben someter su acción a las normas dictadas en disconformidad con la Constitución.

Este mandato implícito tiene —tratándose de los jueces— dos graves consecuencias.

La primera es que, si para el común de los mortales tiene aplicación el art. 8.º del Código Civil conforme al cual nadie puede alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia, con mayor razón rige esta norma para los encargados de aplicar la ley. También rige el art. 76 del mismo Código que prescribe que el error en materia de derecho constituye presunción de mala fe que no admite prueba en contrario.

La segunda, derivada de la anterior, consiste en que el acto de fallar, *a sabiendas*, contra ley expresa y vigente, en causa civil o criminal, configura el delito de *prevaricación*, sancionado con «las penas de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares y la de presidio o reclusión menores en cualesquiera de sus grados» (art. 223 núm. 1.º Código Penal).

Esta drástica sanción penal —sin perjuicio de las otras que sean procedentes— adquiere mayor relevancia por la categoría suprema de la norma infringida y en virtud del mandato expreso contenido en el inc. 3.º del art. 6.

### d) *Sistema de control jurisdiccional*

Resulta evidente, por lo tanto, que, bajo el imperio del art. 6.º de la Constitución vigente, existe ahora en Chile un sistema de control jurisdiccional difuso de constitucionalidad de la ley, a cargo de todos los tribunales ordinarios del país, para ser aplicado en todos los asuntos que les corresponda resolver, con efecto «inter partes», limitado al caso particular en que incida la decisión correspondiente, y sin perjuicio de que subsista la vigencia de la norma declarada inaplicable.

## 7. UN EXAMEN AL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO (¿SON INFERIORES NUESTROS JUECES?)

El aislamiento insular que en varios aspectos caracteriza a nuestra Constitución<sup>31</sup>, pareciera invadir, también aquí, nuestra cultura jurídica.

Mientras los jueces de países vecinos —como Argentina, Perú y Bolivia— y otros grandes Estados iberoamericanos —como México, Brasil, Venezuela y Colombia— practican el control difuso de constitucionalidad de la ley, nosotros, no obstante tener la solución frente a nuestros ojos, seguimos en la errónea creencia que esto sería grave y hasta peligroso.

Veamos qué ocurre en los países aludidos.

### A) Constitución de Argentina

«Artículo 31. Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y la autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859».

«Artículo 116. Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero».

Alberto Dalla Vía dice lo siguiente:

«En realidad, la Constitución Nacional Argentina no regula el control de constitucionalidad. Del mismo modo que su modelo, en cuanto a la parte orgánica se refiere la Constitución de los Estados Unidos, ha sido la jurisprudencia de la Corte Suprema quien ha ido delineando los contornos y reglas en que dicho control se desenvuelve».

<sup>31</sup> Ver «Chile, una Constitución Insular», *Revista Chilena de Derecho*, U. Católica de Chile, número especial Actas XXIX Jornadas Chilenas de Derecho Público, 1998, p. 229.

Más adelante reitera:

«El control de constitucionalidad es difuso, de forma tal, que todo Juez, ya sea que forme parte de la Justicia Federal o del Poder Judicial de cualquier Provincia, puede declarar 'inconstitucional' una norma, siempre que esto haya sido solicitado por la parte y que el tema forme parte del litigio»<sup>32</sup>.

## B) Constitución de Bolivia

«Artículo 228. La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones».

Comenta B. Miguel Harb que, no obstante que el Tribunal Constitucional boliviano —a partir de 1995— ejerce un control concentrado de constitucionalidad de las leyes, el art. 228 transcrito continúa posibilitando una forma de control difuso, preexistente a dicho Tribunal<sup>33</sup>.

## C) Constitución de Brasil

En este país el control en estudio data desde la Carta de 1891.

Existe control abstracto y concreto de constitucionalidad de normas y de actos, pero siempre *a posteriori*.

El sistema está implementado en los artículos 36-III para los casos contemplados en el art. 34-VII de la Carta (acción interventiva). También se le regula bajo la forma de acción directa de inconstitucionalidad en los artículos 101 y 102-I, letra a) y 103 párr. 3.º (inconstitucionalidad por omisión) y párr. 4.º

Dice Gonçalves Ferreira:

«El control concreto existe en Brasil desde hace más de cien años ...en cualquier demanda, la parte puede suscitar la inconstitucionalidad de ley o acto normativo en base a la Constitución Federal o Estatal, correspondiendo a cualquier juez el poder de declarar o no, la inconstitucionalidad de tal norma»<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> ALBERTO R. DALLA VIA, «La Justicia Constitucional en Argentina», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 35 y 36.

<sup>33</sup> BENJAMÍN HARB, «La Justicia Constitucional en Bolivia», *Anuario...*, cit., pp. 49 y ss.

<sup>34</sup> MANOEL GONÇALVES FERREIRA, «La Justicia Constitucional en Brasil», *Anuario...*, cit., p. 60.

## D) Constitución de Colombia

Pese a existir en este país una Corte Constitucional —creada en la Carta de 1991 (art. 239 al 245)— el sistema de control difuso de constitucionalidad preexistente, sigue rigiendo en virtud del art. 4.º de la Carta, que dice:

«La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales».

Al respecto, Eduardo Cifuentes sostiene que:

«Pese a la centralización de las competencias de control de constitucionalidad más importantes en cabeza de la Corte Constitucional, lo que introduce un factor que estimula su concentración, la posibilidad de que cualquier juez pueda directamente inaplicar la ley que a su juicio sea incompatible con la Constitución (art. 4.º), *sin necesidad de suscitar ningún incidente ante la Corte Constitucional*, refuerza las características de *control difuso* que siguen estando presentes en el sistema»<sup>35</sup>.

## E) Constitución de México

«Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados».

Comenta José Ramón Cossío:

«En términos generales, podemos decir ...que el control de constitucionalidad en México es de carácter concentrado en tanto lo ejercita con exclusividad el Poder Judicial de la Federación, y *difuso*, al corresponder a los distintos órganos que componen a ese Poder, p.e. el Tribunal Pleno y las Salas de la Suprema Corte de Justicia, los

<sup>35</sup> EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, «Jurisdicción Constitucional en Colombia», en *Anuario Iberoamericano*, cit., p. 70.

tribunales colegiados y unitarios de circuito y los jueces de distrito»<sup>36</sup>.

#### F) Constitución de Perú

«Artículo 138. La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior».

Samuel Abad explica, respecto del control difuso, que

«...las sentencias que disponen la inaplicación de una ley, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si es que no fueron impugnadas, aun cuando contra ellas no proceda el recurso de casación». Agrega más adelante: que «*Cuando se ejerce el control difuso*, la resolución dispone la inaplicación de la norma al caso concreto; carece de efectos generales y no afecta la vigencia de la norma»<sup>37</sup>.

#### G) Situación de Venezuela

En este país coexisten el control concentrado y abstracto de constitucionalidad de normas violatorias de la Constitución —conforme a los arts. 215 Nos. 3.º, 4.º y 6.º de ésta— y el control difuso, regulado en el art. 20 del Código de Procedimiento Civil que dice

«...cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia».

Dice Carlos Ayala:

«En Venezuela *el sistema de control difuso de constitucionalidad*, corresponde en general a todos los jueces del país, quienes tienen la facultad autónoma para desaplicar las leyes inconstitucionales en los

<sup>36</sup> JOSÉ RAMÓN COSSÍO, «La Justicia Constitucional en México», *Anuario...*, cit., p. 229.

<sup>37</sup> SAMUEL ABAD YUPANQUI, «La Justicia Constitucional en Perú», en *Anuario...*, cit., pp. 316-317.

casos concretos sometidos a su conocimiento, de conformidad con el Código de Procedimiento Civil. Dicho sistema opera ya sea de oficio, por decisión autónoma del juez de la causa; o a instancias de parte. En efecto el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil vigente, establece como el deber-poder de todos los jueces para acordar la desaplicación de las leyes inconstitucionales al caso concreto sometido para su decisión»<sup>38</sup>.

Pensamos que ningún jurista con alguna experiencia comparativa podría sostener que nuestros jueces están menos capacitados para ejercer el control difuso de constitucionalidad, en los casos concretos que les correspondan resolver, que los jueces argentinos, bolivianos, brasileños, colombianos, mexicanos, peruanos o venezolanos. Si nuestros jueces no fueran capaces de discernir cuándo y por qué una ley es contraria a la Constitución, más les valiera renunciar a la judicatura.

#### 8. PERFECTA COMPATIBILIDAD ENTRE LOS ARTÍCULOS 6.º Y 80 DE LA CONSTITUCIÓN CHILENA

Queda por examinar la compatibilidad del control difuso con la potestad exclusiva de la Corte Suprema para resolver el recurso de inaplicabilidad.

El art. 80, que faculta a la Corte para declarar la inaplicabilidad de una ley inconstitucional, dice así:

«La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento».

Hay quienes sostienen que, habiéndose encomendado a la Corte Suprema el conocimiento de este recurso y la declaración de oficio de la inaplicabilidad de un precepto legal —conforme a la disposición transcrita—, estaría vedado al resto de los jueces inaplicar una ley contraria a la Constitución, no obstante el claro mandato del art. 6.º, por ser aquélla una norma especial atributiva de competencia exclusiva, la que primaría sobre ésta. Opinamos exactamente en sentido contrario.

<sup>38</sup> CARLOS AYALA CORAO, «La Justicia Constitucional en Venezuela», en *Anuario Iberoamericano*, cit., p. 384.

Salvedad hecha del prejuicio que pudiera hallarse arraigado en nuestra cultura jurídica y de la resistencia —no menos infundada— a toda innovación, no vemos en qué forma el control difuso podría oponerse, desplazar o invadir la atribución constitucional de la Corte Suprema; por el contrario, nos proponemos demostrar que la complementa.

Desde luego, el recurso de inaplicabilidad es una verdadera acción del interesado, deducible sólo ante la Corte Suprema. El mandato del art. 6.º, en cambio, es un deber constitucional de cada juez en cada asunto que debe resolver.

Mientras la acción de inaplicabilidad se resuelve por la Excma. Corte en única instancia, esto es sin posible impugnación, la decisión del juez que inaplica una norma inconstitucional es susceptible de los recursos ordinarios y extraordinarios.

A diferencia de la acción de inaplicabilidad que sólo procede en contra de «todo *precepto legal* contrario a la Constitución» (art. 80), el control difuso cubre el más amplio espectro de cualquier categoría de *normas* que no se conformen a ella (art. 6.º).

En tanto la acción de inaplicabilidad debe tramitarse en un proceso distinto y distante de aquél en que ella incide, el control difuso tiene la virtud de operar y tramitarse en el mismo proceso en que se plantea. Lo cual agrega las ventajas de inmediación de la parte con el tribunal y con el asunto que le interesa, la unidad del proceso y la economía procesal y judicial. En resumen, este poder-deber de cada juez significa una modernización global de nuestra Administración de Justicia sin gastar un solo centavo.

Mientras la acción de inaplicabilidad —para ser eficaz— requiere la paralización del proceso en que va a incidir el fallo de aquélla, el control difuso no requiere necesariamente la suspensión del procedimiento ya que tanto el fallo de la causa como la virtual inaplicación de determinada norma, los decide el mismo juez o tribunal.

Por virtud de estas notorias diferencias ambos mecanismos se complementan, dejando al usuario dos opciones disponibles: o utiliza la vía más directa y decisiva —pero mucho más dispendiosa— del recurso de inaplicabilidad que resuelve el Tribunal Supremo ; o bien plantea ante el juez de la causa la improcedencia de aplicar en ella cualquiera norma disconforme con la Constitución.

Esta situación no tendría razón de variar si la acción de inaplicabilidad —de la que hoy conoce la Corte Suprema conforme al art. 80— pasara a radicarse en la esfera de competencia del Tribunal Constitucional, como se ha proyectado.

La única diferencia sería que, en esta eventualidad, la inaplicación de un precepto legal contrario a la Constitución podría declararse por tres vías: a) por los tribunales de instancia, sea en único, primero o segundo

grado, según el caso; *b*) por la Corte Suprema, a través del recurso de casación de fondo, como lo ha hecho ésta, otras veces, resolviendo la cuestión en Sala; o *c*) por el Tribunal Constitucional, si se le traspassa el conocimiento de la acción de inaplicabilidad, como sería lo apropiado y deseable con respecto a ésta.

Pero mientras no se modifique el art. 6.º, que ostenta una factura impecable, es deber constitucional de todo juez inaplicar cualquiera norma contraria a la Carta Fundamental y ello es de la esencia de su ministerio.

## 9. RESUMEN CONCLUSIVO

1. El principio de supremacía de la constitución nació en los EE.UU. de Norteamérica en virtud de la fuerza vinculante de su Carta Fundamental y gracias a la visión de la Suprema Corte quién, superados dos barreras conceptuales —la soberanía del Parlamento y la separación de los Poderes— reivindicó para *todos los jueces* la facultad jurisdiccional de interpretar la ley y de inaplicar al caso sub-lite cualquiera norma contraria a la Constitución, con efecto inter partes y sin perjuicio de la supervivencia de ésta.

2. De esta última potestad deriva el mecanismo de control de constitucionalidad de la ley (C.C.L.), que tardó más de un siglo en ser asimilado y reelaborado en Europa, radicándose en un tribunal único e independiente de la justicia ordinaria: el Tribunal Constitucional (T.C.), bajo la forma de un control abstracto, de efecto erga omnes, destinado a anular las normas contrarias a la Ley Fundamental.

3. En Chile, el C.C.L. surge en la Carta de 1925, siguiendo el modelo norteamericano, bajo la tímida fórmula de una acción de inaplicabilidad de exclusivo conocimiento de la Corte Suprema, con efecto inter partes en el caso concreto y dejando subsistente la ley inconstitucional. En 1970 se instituye —al alero de la Constitución de 1925— un T.C. al estilo europeo, encargado del C.C.L. en grado preventivo —esto es, antes que la ley entre en vigencia— de talante abstracto y con efecto erga omnes.

4. La Constitución de 1980 dedica el Capítulo VII a la organización y atribuciones del T.C. La misma Carta deja subsistente la acción de inaplicabilidad, en carácter represivo o posterior a la vigencia de la ley, de una manera similar al modelo original de 1925. Por ende, ambos son sistemas de control concentrado.

5. Sin perjuicio de los dos mecanismos precedentes, la Constitución de 1980 tiene el mérito de positivizar, de manera categórica, el principio de supremacía de la constitución, universalizando su alcance más allá del solo efecto normativo («Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella») y extendiendo su

efecto vinculante no sólo a los órganos estatales y a sus titulares o integrantes sino también a todas las personas, instituciones y grupos.

6. La fórmula constitucional precedentemente transcrita es directamente vinculante para cada juez, como órgano ejercitante de una modalidad de la soberanía: la potestad jurisdiccional; y, por ende, ningún juez puede aplicar al caso sub-lite una norma contraria a la Constitución, siendo su deber expreso someter el ejercicio de su competencia sólo a dos tipos de normas: las de la Constitución y las dictadas conforme a ella.

7. La necesaria obediencia a esta norma, establecida en las «bases de la institucionalidad» chilena, genera un vuelco copernicano en el sistema de control concentrado para el caso concreto, tradicionalmente reservado a la Corte Suprema por la estrecha y dispendiosa vía de la acción de inaplicabilidad. Esta vía se ensancha ahora, posibilitando a todo juez no sólo la facultad sino también *el deber* de inaplicar al caso sub-lite cualquier norma contraria a la Constitución. Se ha transitado así del control concentrado al control difuso, aunque únicamente en el ámbito del caso concreto o particular, en que tiene sólo efecto inter partes dejando subsistente la norma inaplicada.

8. Esta misma práctica de control difuso —que es clave esencial de la eficacia del sistema norteamericano— ha venido funcionando eficientemente en los países vecinos de Chile: Argentina, Perú y Bolivia y en otros países hermanos tan importantes como México, Brasil, Colombia y Venezuela. No advertimos razón valedera alguna para excusar su aplicación en Chile en circunstancia que un texto expreso de la Constitución vigente obliga a ello y que en otros países de los señalados el sistema fue adoptado por la vía interpretativa de la jurisprudencia judicial.

9. Un sistema así —además de su carácter vinculante— tiene la ventaja de poner la supremacía de la constitución al alcance de todos, de lograr la inmediación entre el afectado, el juez de la causa y el proceso en que incide la inaplicabilidad de una ley; y de capacitar a éste en el manejo de la constitución que, en la práctica, y no obstante la vinculación directa de sus normas para todos los jueces, hoy sólo queda reservada a los tribunales colegiados superiores.

El día en que se encarne en la conducta de todos los órganos del Estado y, especialmente, en la conciencia de los jueces, la interpelación que les dirige el artículo 6.º en resguardo de la supremacía de la Constitución, habremos dado el salto cualitativo indispensable para transitar de la constitucionalización del derecho a la de la justicia. Y sólo entonces podremos sentirnos, de verdad, instalados en un Estado constitucional de Derecho.

