

PICA, RODRIGO (2009): "El carácter concreto del control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley en el Derecho chileno", en *Revista de Derecho UCN*, N° 2.

PICA, RODRIGO (2010): "La problemática de las partes y el contenido de la legitimación activa en la cuestión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley", en *Revista de Derecho UCN*, N° 2.

PIZZORUSSO, ALESSANDRO (2006): "La justicia constitucional italiana, entre modelo difuso y modelo concreto", en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*, N° 4.

VERDUGO RAMÍREZ, SERGIO (2009): "El sello de constitucionalidad de los preceptos legales declarados constitucionales en el control preventivo", en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, USS, N° 13.

VERDUGO RAMÍREZ, SERGIO (2012): *El nuevo "round" entre el TC y los Tribunales Superiores: Dificultad ineludible del modelo de cohabitación kelseniano*, disponible en <http://diariocostitucional.cl/mostrartitulo.php?id=101&idautor=74> (consultado el 30 de octubre de 2012).

ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO (2006): "Las sentencias atípicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno (TCCCH)", en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 4, N° 2.

Algunas consideraciones sobre la acción de inconstitucionalidad (artículo 93 N° 7 de la Constitución) en perspectiva de derecho comparado

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ¹

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de la jurisdicción constitucional en Chile ha sido un proceso lento y cauteloso y no exento de dificultades a través de su desarrollo.

Bajo el imperio de la Carta de 1833 hasta 1924, se desarrolla un control político de constitucionalidad de las leyes por el Congreso Nacional de acuerdo al artículo 164 que prescribía: "Sólo el Congreso, conforme a los artículos 40 y siguientes, podrá resolver las dudas sobre la inteligencia de algunos de sus artículos". En este contexto, la Corte Suprema en Dictamen de 27 de junio de 1848, ante una consulta del Intendente de Concepción sobre constitucionalidad del art. 65 de la Ley de 2 de febrero de 1837, rechazaba la posibilidad de ejercer en control de constitucionalidad de los preceptos legales, sosteniendo que ninguna magistratura tiene atribuida la competencia para pronunciarse sobre la incons-

¹ Abogado y Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional Universidad de Talca. Director Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Vice Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Miembro Asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado.

titucionalidad de los preceptos legales, quitándole sus efectos y su fuerza obligatoria, agregando que el juicio supremo del legislador, de que la ley que se dicta no es opuesta a la Constitución, disipa toda duda en el particular, no permitiendo retardos en el cumplimiento de sus disposiciones. Esta será la posición que sostendrá la Corte Suprema con apoyo de parte de la doctrina como es el caso de Jorge Huneeus² y Carrasco Albano,³ como regla durante la vigencia de la Carta de 1833 hasta 1925, aun cuando existen dos sentencias, referentes a materias de interés de la propia Corte Suprema, en las que ella hizo excepción a dicha regla como bien acota el profesor Bertelsen.⁴

En Chile, el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes se incorpora tardíamente al ordenamiento jurídico chileno, muchas constituciones latinoamericanas ya lo tenían incorporado desde mediados del siglo XIX. Es la Constitución de 1925, en su artículo 86, la que establecerá por primera vez el denominado *recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes*, entregándose dicho control exclusivamente a la Corte Suprema. Así, en cualquier juicio, la parte que consideraba que se aplicaría a la resolución del litigio una disposición legal que estimaba inconstitucional, planteaba el recurso para ante la Corte Suprema de Justicia, la que se pronunciaba sobre la materia con efectos *inter partes*.⁵

² HUNEEUS, JORGE (1879-1880): *La Constitución ante el Congreso*, Tomo II, Imprenta de Los Tiempos, Santiago.

³ CARRASCO ALBANO, MANUEL (1874): *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833*, Segunda edición, Imprenta de Mercurio, Santiago.

⁴ BERTELSEN REPETTO, RAÚL (1969): *Control de constitucionalidad de la ley*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 136. Las sentencias son las de 2 de enero de 1867 y de 1° de marzo de 1876.

⁵ RÍOS A., LAUTARO (2002): "El control difuso de constitucionalidad de la ley en la República de Chile" en *Revista Ius et Praxis*, año 8 N° 1, Ed. Universidad de Talca,

Tal precepto, no produjo una jurisprudencia de parte de la Corte Suprema de ejercicio efectivo de la facultad que le otorgó el constituyente, rehusando realizar el control de constitucionalidad de fondo de los preceptos legales, con el único objeto de desaplicar para el caso específico una norma legal considerada inconstitucional en el fondo, en cuyo procedimiento a veces se aplicaba control concreto y otras veces control abstracto, nunca existió claridad sobre la materia. Asimismo, el control se redujo a su mínima expresión, siendo el criterio predominante el de que sólo podía declararse inaplicable por inconstitucional una norma *decisoria látiis* de la gestión judicial en curso.

El Tribunal Constitucional surge en Chile de propuestas académicas, en efecto, el profesor Francisco Cumplido Cereceda lo plantea en 1958,⁶ y en 1963, en un conjunto de foros realizados en la Biblioteca Nacional, dirigidos por el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, don Jorge Guzmán Dinator, don Alejandro Silva Bascañán recomienda la creación de un Tribunal Constitucional.⁷

Es el Presidente de la República Eduardo Frei Montalva, el que propondría a través de una reforma constitucional en 1965 la creación de un Tribunal Constitucional con el objeto de solucionar

Chile, pp. 389-418. SAENGER, FERNANDO (2003): "Veinte años de recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad" en *Anuario Iberoamericano de derecho Constitucional* N° 7, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, pp. 431-462.

⁶ CUMPLIDO CERECEDA, FRANCISCO (1958): *Teoría de la Constitución*, Editorial Universitaria, Santiago, p. 112.

⁷ GUZMÁN DINATOR, JORGE (1964): *Nueva Sociedad. Vieja Constitución*, Ed. Olibe, Santiago, pp. 105-106. Ver asimismo: VERDUGO, MARIO, PFEFFER, EMILIO; NOGUEIRA, HUMBERTO (1997): *Derecho Constitucional*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 232, y ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (2002): *Jurisdicción constitucional en Chile*, Tomo II, Ed. Universidad Central de Chile, Santiago, pp. 40-41.

los conflictos entre Gobierno y el Congreso Nacional y fortalecer la jurisdicción constitucional. El Tribunal Constitucional fue incorporado al ordenamiento jurídico sólo en la reforma constitucional de 23 de enero de 1970 a la Constitución de 1925,⁸ rigiendo desde 1971 hasta el Golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973.

El Tribunal Constitucional nació a la vida jurídica sólo en 1970 con la aprobación de la consiguiente reforma constitucional entrando en funciones en 1971, teniendo una fugaz vida, troncada por la irrupción del régimen autoritario militar el 11 de septiembre de 1973, el cual lo disolvió en noviembre de 1973.⁹ Dicho Tribunal Constitucional tuvo un ámbito de competencias limitado a la resolución de controversias y conflictos constitucionales derivados del proceso de formación de la ley, a través de un control preventivo de preceptos legales, además de otras atribuciones secundarias de menor importancia. Así se inaugura un sistema de doble control de constitucionalidad de enunciados legales en nuestro ordenamiento jurídico, uno preventivo, en manos del Tribunal Constitucional, y otro reparador concentrado en manos de la Corte Suprema.

⁸ El Tribunal Constitucional fue creado por la Ley N° 17.274 de Reforma Constitucional de 23 de enero de 1970, que introdujo los artículos 78 a, b y c de la Constitución de 1925. Sobre dicho Tribunal ver SILVA CIMMA, ENRIQUE (1977): *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas. SILVA BASCUNAN, ALEJANDRO (1970): "Tribunal Constitucional" en libro colectivo *Reforma Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, pp. 247 y ss. EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE (1973): *Chile, Hacia una Constitución contemporánea*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile. BERTELSEN R., RAUL (1993): "Sistemas de control de constitucionalidad entre 1960 y 1988" en libro colectivo *Diagnóstico Histórico jurídico del poder legislativo en Chile 1960-1990*, Ed. CEAL-UCV, Valparaiso.

⁹ El Decreto Ley N° 119 de 5 de noviembre de 1973 lo declara disuelto. Sobre dicho Tribunal Constitucional ver SILVA CIMMA, ENRIQUE (1989): "El Tribunal Constitucional chileno bajo la Constitución de 1925 reformada en 1971" en *La Revista de Derecho*, N° 1, Santiago.

La Constitución de 1980 mantuvo el mismo sistema de control de constitucionalidad de preceptos legales, con ajustes a la integración del Tribunal Constitucional y a sus competencias, sin innovar en el ámbito del control de constitucionalidad de preceptos legales en sus líneas gruesas.

Habrá que esperar hasta la reforma constitucional de 2005 para que, por primera vez en el ordenamiento jurídico chileno, se establezca lo que es el núcleo central de toda jurisdicción constitucional en un *Estado Constitucional democrático que se sustenta en una Constitución normativa* y en la supremacía constitucional, *el control reparador de preceptos legales con efectos de anulación de aquellos preceptos legales que sean contrarios a la Constitución*, ya perflada por Hans Kelsen en 1928 en su polémica con Schmitt sobre el defensor de la Constitución que dio origen al modelo germánico austriaco de control de Constitucionalidad en Austria en 1929, asumiendo la función de legislador negativo, otorgada a un órgano de jurisdicción constitucional concentrado, ubicado como órgano extrapoder, que luego se extenderá y difundirá en Europa, América Latina, Asia y África, en el curso del siglo XX, a través de oleadas sucesivas, recibiendo diversas innovaciones.

La reforma constitucional de 2005 constituyó un aporte significativo en el fortalecimiento de la jurisdicción constitucional en nuestro país, generando una concentración del control de constitucionalidad jurisdiccional de los preceptos legales en el Tribunal Constitucional, inaugurando el control reparador tanto abstracto como concreto de constitucionalidad de preceptos legales, a través de los artículos 93 N° 6 y N° 7 de la Constitución.

Así puede sostenerse que hay una lenta evolución institucional hacia una afirmación de una jurisdicción constitucional que se va consolidando con dificultades, limitaciones y restricciones generadas desde el ámbito institucional, que se resiste a instaurar una jurisdicción constitucional en forma, en una perspectiva que no

asume las plenas consecuencias de un paso del *Estado legal* al *Estado Constitucional democrático* contemporáneo, con una Constitución normativa y la aplicación del principio de supremacía constitucional en forma cabal, que implica una necesaria e indispensable subordinación efectiva de las potestades y órganos instituidos a la Constitución, tanto en el ámbito formal como sustantivo o material, lo que requiere instituir una jurisdicción constitucional efectiva que proteja realmente la Constitución de normas, actos y omisiones inconstitucionales de los órganos y autoridades constituidas y proteja efectivamente los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional chileno vigente ejerce una jurisdicción constitucional débil en materia de control reparador abstracto de preceptos legales, en virtud de diversos elementos procedimentales y de quórum de adopción de resoluciones jurisdiccionales, producto de una cierta desconfianza y recelo del constituyente instituido de 2005, como asimismo carente de jurisdicción para amparar directamente los derechos fundamentales, lo que realiza sólo indirectamente a través del control reparador concreto de constitucionalidad, todo ello a diferencia de lo que ocurre en el derecho comparado europeo y latinoamericano.

En este artículo abordaremos solamente el análisis del control reparador abstracto de constitucionalidad de preceptos legales en nuestro ordenamiento constitucional, considerando sus debilidades y proyectando algunos perfeccionamientos institucionales, teniendo presente una perspectiva de derecho constitucional comparado que abre las perspectivas para una mirada más amplia y no enclaustrada en una consideración puramente local, desarrollando una visión prospectiva, teniendo presente que ella difícilmente podrá desarrollarse en el futuro inmediato por la falta de voluntad política para ello, pero que puede desarrollarse en el mediano plazo. Creo profundamente que esta es una de las tareas con la que los

académicos podemos contribuir a la reflexión y perfeccionamiento de nuestro Estado Constitucional Democrático.

II. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN VIGENTE REFORMADA EN 2005

El texto constitucional a partir del cual realizaremos nuestro análisis es el artículo 93 inciso 1°, numeral 7° y el inciso decimosegundo de la misma disposición constitucional, los cuales determinan:

Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

(...)

Numeral 7°: *Resolver, por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior;*

Inciso 12°: *En el caso del número 7°, una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6° de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declarar la de oficio. Corresponderá a la ley orgánica constitucional respectiva establecer los requisitos de admisibilidad, en el caso de que se ejerza la acción pública, como asimismo regular el procedimiento que deberá seguirse para actuar de oficio.*

Los aspectos que serán analizados en una perspectiva crítica constructiva en este trabajo serán cuatro:

1. La denominación de “acción pública de inconstitucionalidad”;
2. La vinculación de la acción de inconstitucionalidad a una sentencia previa de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y al mismo vicio de inconstitucionalidad considerado en la acción de

inaplicabilidad por inconstitucionalidad acogida por el Tribunal Constitucional;

3. La mayoría calificada requerida por el Tribunal Constitucional para dictar una sentencia de inconstitucionalidad de un precepto legal, y

4. Los efectos en el tiempo de la sentencia de inconstitucionalidad.

1. LA DENOMINACIÓN (*NOMEN IURIS*) DE ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD

A través del artículo 93, en el inciso 12°, se incorpora a nuestro sistema institucional de jurisdicción constitucional por primera vez en nuestro país la acción popular de inconstitucionalidad, de largo y vigoroso desarrollo en América del Sur en Colombia y Venezuela desde el siglo XIX, donde ella se acerca a la fecha a los dos siglos de existencia, como asimismo, ella ha sido recepcionada recientemente en Ecuador bajo la Constitución de 2008, entre otros países.

El artículo 93 N° 7 de la Constitución determina que, “*una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6 de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declarar la de oficio. Corresponderá a la ley orgánica constitucional respectiva establecer los requisitos de admisibilidad, en el caso de que se ejerza acción pública, como asimismo regular el procedimiento que deberá seguirse para actuar de oficio.*”

La denominación de “*acción pública*” que le otorga la Constitución a la legitimación otorgada a las personas para accionar ante el Tribunal Constitucional en materia de inconstitucionalidad de

preceptos legales tiende a confundir, ya que toda acción jurisdiccional es de carácter público como reconocen pacíficamente los procesalistas, ya que si bien las acciones son ejercidas por las personas (naturales o jurídicas), en la efectividad de tal ejercicio está interesada toda la sociedad, lo que le da el carácter de pública, al satisfacer un interés de carácter general.¹⁰ En tal perspectiva, todas las acciones jurisdiccionales son públicas, aunque no populares. Por otra parte, puede señalarse también que las acciones públicas pueden ser también aquellas concretadas por órganos públicos en defensa del interés general, lo que también se diferencia de las acciones emprendidas por las personas en defensa del orden constitucional, por lo que su denominación que consideramos más correcta es de *acciones populares*.

2. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA Y SU VINCULACIÓN A UNA SENTENCIA PREVIA DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

La perspectiva asumida por el texto constitucional chileno es ajena a la naturaleza y aplicación de la acción popular de inconstitucionalidad en cuanto tal, en la medida que ella es expresión de un derecho constitucional a la defensa del orden constitucional democrático en cuanto tal, por lo que no está limitado o restringido por elementos complementarios y exigencias procedimentales incompatibles con el mismo.

Basta examinar las acciones populares de inconstitucionalidad de *Colombia, Ecuador y Venezuela*, para darse cuenta de que ellas no establecen cortapisas procesales ni requisitos de ningún otro

¹⁰ AZULA CAMACHO, JAIME (2000): *Teoría general del proceso*, Bogotá, Editorial Temis, tomo I, 7ª edición, pp. 113, 114 y 118.

procedimiento previo, para que las personas puedan defender el texto constitucional frente a las agresiones contra el mismo proveniente de cualquier norma emanada de un órgano constituido y subordinado a la Constitución.

Tampoco lo hace Brasil, que sin establecer propiamente una acción popular, amplía la legitimación activa para acciones de inconstitucionalidad a los gobernadores de estados y de Distrito Federal, al Procurador General de la República, al Consejo Federal de la Orden de Abogados de Brasil, a los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, a las confederaciones sindicales y a las entidades de clase en el ámbito nacional, conforme determina el artículo 103 de la Constitución Federal.

Nuestra *acción de inconstitucionalidad*, a diferencia de lo que nos muestra la realidad del derecho constitucional comparado, desnaturaliza el sentido y alcance de tal tipo de acción, ya que sólo y únicamente en Chile, lo que constituye una "*curiosidad jurídica*", se vincula la acción de inconstitucionalidad a la existencia de una sentencia anterior que haya acogido en una gestión judicial previa una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.

La *acción de inconstitucionalidad* en todo el derecho comparado constituye una *acción abstracta* que cuestiona preceptos legales por el solo hecho de que estos son contrarios a la Constitución.

Como si el artículo 93 N° 7 de la Constitución no limitara ya suficientemente la acción de inconstitucionalidad, el artículo 97 N° 2 de la LOC del Tribunal Constitucional, le agrega una limitación adicional, la que restringe aún más su eficacia, al determinar que la cuestión de inconstitucionalidad debe fundarse en el "*mismo vicio de inconstitucionalidad del que motivó la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*" del precepto impugnado. Asimismo, el artículo 101 de la Ley Orgánica Constitucional comentada restringe la declaración de inconstitucionalidad de las

normas legales cuestionadas, la que deberá fundarse "*únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento*". Lo que, a su vez, se ha prestado para interpretaciones diferentes al interior del mismo Tribunal Constitucional.

En la práctica, la acción abstracta de inconstitucionalidad queda estrictamente vinculada y restringida a los preceptos constitucionales invocados en la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y al vicio de inconstitucionalidad determinado en la sentencia que acoge la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, no pudiendo así invocarse otras disposiciones constitucionales en la acción de inconstitucionalidad que no hayan sido consideradas y acogidas en la sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, como tampoco otros vicios de inconstitucionalidad diferentes a los que hayan sido acogidos en dichas sentencias previas de inaplicabilidad, aunque estos sean claros y nítidos como preceptos legales contrarios a la Constitución.

2.1. La visión comparativa de la acción de inconstitucionalidad

Contrasta en esta materia, la acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado, donde la acción de inconstitucionalidad en ningún país donde existe está vinculada a determinaciones previas de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, basta observar las competencias de los tribunales constitucionales de Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, República Dominicana, o ante el Supremo Tribunal Federal de Brasil, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, la Sala Constitucional de la Corte Suprema del Paraguay, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela o la Sala Constitucional de la Corte Suprema

del Salvador, en el contexto latinoamericano; o en las acciones de inconstitucionalidad de los Tribunales o Cortes Constitucionales de Alemania, Austria, Bélgica, España, Italia, Portugal, para solo señalar los más conocidos y con mayor tradición de Europa.

Por otra parte, las restricciones de normas constitucionales previamente planteadas en acciones de inaplicabilidad y de vicios de normas legales previamente acogidas en tales acciones de inaplicabilidad como requisitos previos para ser admisible una acción de inconstitucionalidad son también inexistentes en el derecho comparado en la materia, donde opera la plena libertad para cuestionar preceptos legales que se consideren inconstitucionales en control abstracto de inconstitucionalidad, donde adicionalmente operan los principios *“pro actione”* y *“iura novit curia”*.

Solamente un ejemplo en la materia, el cual nos permite relevar el contraste de nuestra normativa con la existente en el derecho comparado, tal ejemplo es la norma existente en Ecuador, luego de su reciente Constitución de 2008, donde la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad determina:

“Art. 76. Principios y reglas generales. El control abstracto de constitucionalidad se regirá por los principios generales del control constitucional previstos por la Constitución y las normas constitucionales, la jurisprudencia y la doctrina. En particular, se regirá por los siguientes principios:

1. Control integral. Se deberá confrontar la disposición acusada con todas las normas constitucionales, incluso por aquellas que no fueron invocadas expresamente por el demandante.”

Puede sostenerse así, que nuestra acción de inconstitucionalidad constituye una expresión frágil y débil de las auténticas y vigorosas acciones de inconstitucionalidad vigentes en el derecho comparado, tanto europeo como latinoamericano, encontrándose

de tal manera condicionada nuestra acción de inconstitucionalidad que, en la práctica, queda reducida a la mínima expresión.

En virtud de tales consideraciones, participamos de la perspectiva de modificar el texto constitucional y de la LOC del Tribunal Constitucional, eliminando el requisito de vinculación a una sentencia previa de inaplicabilidad por inconstitucionalidad para accionar en materia de inconstitucionalidad, o al menos eliminar la consideración de que la acción deba basarse en el mismo vicio acerca del cual se pronunció la sentencia de inaplicabilidad, lo que desnaturaliza la acción popular de inconstitucionalidad, no encontrándose dichas limitaciones en ninguno de los estados latinoamericanos en que opera dicho tipo de acción.

Cabe hacer notar que en los países donde existe acción popular de inconstitucionalidad no se ha dado una avalancha de acciones sobre la materia, ni los tribunales constitucionales respectivos están sobrecargados de actividad en virtud de dichas acciones, que es el temor existente en la materia en nuestro país, lo que implica, por otra parte, una desconfianza muy alta en que nuestro legislador actúa conforme a la Constitución, lo que nos parece que no refleja la realidad.

3. LA ADOPCIÓN DE LA SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR 4/5 DE LOS MINISTROS QUE INTEGRAN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El artículo 93 N° 7 de la Constitución determina:

“7º: Resolver, por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior;”.

Como si la acción de inconstitucionalidad no estuviera suficientemente restringida y debilitada en el ordenamiento constitucional chileno vigente a través de los requisitos para poder entablarla válidamente, si el legitimado activo logra traspasar todas las vallas procesales para ello que ya hemos considerado en el párrafo anterior, queda una etapa aún no menor que superar, aun cuando la mayoría de los ministros del Tribunal Constitucional considere que la disposición legal cuestionada sea inconstitucional, ello no basta para declararla como tal y expulsarla del ordenamiento jurídico, es aún necesario la existencia de una *super mayoría* de Ministros del Tribunal conteses en ello, los *cuatro quintos*, es decir, la anuencia de 8 de 10 ministros que integran el Tribunal Constitucional.

Desde la entrada en vigencia de dicha competencia del Tribunal Constitucional sólo cuatro acciones de inconstitucionalidad han logrado superar toda esta carrera de obstáculos para finalmente lograr que se determine la inconstitucionalidad de un precepto legal. Tales preceptos declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional han sido el artículo 116 del Código Tributario que posibilitaba la delegación jurisdiccional de los jueces tributarios ante funcionarios administrativos inferiores, lo que ha posibilitado el desarrollo de tribunales tributarios. El artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, que suprimió la expresión "gratuita", respecto de la actividad que deben desarrollar los abogados de turno como carga pública, la que ahora debe ser remunerada por el Estado. El artículo 171 del Código Sanitario que eliminó la vetusta institución del *Solve y Repete*, que obligaba a cancelar la suma adeudada antes de poder recurrir la resolución de la autoridad administrativa que había establecido la sanción. Finalmente, el artículo 38 ter, de la Ley de ISAPRES (Instituciones de Salud Previsional), que declaró inconstitucional por arbitrario dicho precepto legal, vulnerando el mecanismo de reajuste de planes de salud que tales instituciones realizaban anualmente, los

derechos fundamentales a la igualdad ante la ley, a la salud y a la seguridad social, sin que hasta el presente exista una regulación legal que otorgue seguridad jurídica de carácter normativo para los usuarios de tales instituciones de salud previsional, lo que implica millares de acciones de protección anuales sobre la materia que atochan las Cortes de Apelaciones.

El número de votos requeridos para que el Tribunal Constitucional pueda abrogar un precepto legal es excesivo y totalmente desproporcionado, Chile es uno de los pocos países en que existe un *Tribunal Constitucional* que tiene una norma de esta especie, lo normal en el derecho constitucional comparado europeo y americano es que dicha resolución sea adoptada por el Tribunal Constitucional por mayoría absoluta, vale decir, por la mitad más uno de sus integrantes.

3.1. La perspectiva comparativa sobre el quórum para adoptar la resolución de inconstitucionalidad

En el contexto de América Latina *hay un solo Tribunal Constitucional* que estableció en su Constitución una norma similar que fue el texto original de la Constitución peruana de 1993, durante el régimen fujimorista.

En el caso del Perú, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 26.435 que entró en vigencia en enero de 1995, en su artículo 4º, estableció que "*para resolver la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley se exigen seis votos conforme*".

Teniendo en consideración que el Tribunal Constitucional estaba integrado por siete magistrados, el quórum calificado exigido, exageradamente alto, posibilitaba que sólo dos magistrados bloquearan el voto de cinco magistrados que consideraban que el

precepto legal era inconstitucional, lo que permitía a una minoría muy reducida bloquear las decisiones de la inmensa mayoría de los dos tercios de los magistrados, haciendo muy difícil la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal.

A su vez, la destitución de tres de los magistrados del Tribunal Constitucional por el Congreso durante el gobierno de Fujimori, dejó al Tribunal sólo con cuatro miembros, con lo cual durante un largo periodo no pudo pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de preceptos legales.

Sólo luego de que Fujimori abandonara el poder, luego del episodio de los "Vladivideos" que puso en evidencia el sistema de corrupción gubernamental, que obligó a dicho Presidente a abandonar el poder y refugiarse en Japón, el nuevo gobierno transitorio del Presidente Paniagua restableció a los magistrados destituidos en sus cargos, cumpliendo un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos resistido por el régimen fujimorista, como asimismo durante su gobierno, se modificó el artículo 4° de la Ley Orgánica N° 26.435,¹¹ posibilitando que se declare la inconstitucionalidad de preceptos legales por una mayoría calificada de cinco votos, lo que aún sigue siendo una mayoría muy calificada de tres quintos de los jueces que integran el Tribunal Constitucional peruano. El artículo 4° de la Ley Orgánica vigente, modificada por la ley 27.780, establece que el quórum del Tribunal Constitucional es de seis de sus miembros, agregando el inciso 2° que:

"El Tribunal resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la

inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los que exigen cinco votos conforme".

Salvo el caso señalado de Perú con todos los inconvenientes que hemos precisado que genera el establecimiento de quórum de adopción de acuerdos tan altos, en América Latina hay otro Estado en que se ejerce jurisdicción constitucional concentrada por su *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, como es México, en el cual la adopción de una sentencia de inconstitucionalidad se debe adoptar con a lo menos ocho votos conforme de los once que integran el tribunal, siendo considerada por la doctrina mexicana como *la mayor de las deficiencias de la acción federal de inconstitucionalidad*,¹² lo cual se considera que requiere de una necesaria e inexorable reforma.

En todos los demás Estados latinoamericanos, la acción de inconstitucionalidad es resuelta por el Tribunal competente (Tribunal Constitucional, Corte Suprema de Justicia, o Sala Constitucional de la Corte Suprema) ya sea por mayoría relativa o por mayoría absoluta de los jueces que integran el respectivo órgano jurisdiccional.

En el caso de *Bolivia*, la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, en su art. 29, dispone: "*La Sala Plena del Tribunal Constitucional Plurinacional, en conocimiento de los asuntos señalados en el párrafo primero del artículo anterior, dictará las resoluciones por mayoría absoluta de votos*".

En el caso de Brasil, la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal requiere de la concurrencia de la mayoría

¹² BRAGE CAMAZANO, JOAQUÍN (1998): *La acción de inconstitucionalidad*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, nota 34, pp. 350 y 352. FERRER MAC GREGOR, EDUARDO Y SÁNCHEZ GIL, RUBÉN (2012): "El control abstracto de inconstitucionalidad de leyes en México", en Haberle, Meter y García Belaunde, Domingo, *El control del Poder. Libro homenaje a Diego Valadés*, Tomo II, Lima, p. 973.

¹¹ Modificado por Ley N° 27.850, publicada el 20 de octubre de 2002. Ver asimismo, ORTECHO VILLENA, VÍCTOR JULIO, *Dificultades y avances en la justicia constitucional peruana*, Comunicación al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, España, 2003, p. 5.

absoluta de los magistrados del Supremo Tribunal Federal, vale decir, seis de once ministros.¹³

En el caso de *Colombia*, el Decreto 2067 de 1991, en su artículo 14, precisa que "Las decisiones sobre la parte resolutive de la sentencia deberán ser adoptadas por la mayoría de los miembros de la Corte Constitucional. Los considerandos de la sentencia podrán ser aprobados por la mayoría de los asistentes".

A su vez, se aplica el artículo 54 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la Administración de Justicia, en la que se entiende por mayoría cualquier número entero de votos superior a la mitad del número de magistrados que integran la Corte o de los asistentes a la correspondiente sesión, según el caso. Complementa dichas disposiciones el Reglamento Interno de la Corte Constitucional, cuyo artículo 2° referente al quórum determina que "*Constituye quórum para deliberar y para decidir la mayoría absoluta de los miembros de la Corporación*" y el artículo 3° que precisa que "Las decisiones de la Corte, salvo lo dispuesto en la ley para determinados casos, se adoptarán por mayoría absoluta. Se entiende por mayoría absoluta cualquier número entero de votos superiores a la mitad del número de Magistrados que integran la Corte.

En el caso de *Ecuador*, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad establece en su artículo 90:

"Deliberación y decisión. La sentencia de la Corte Constitucional se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

2. *La decisión se adoptará por la mayoría absoluta, se aclara que la mayoría corresponde a cinco (5) votos, de las juezas o jueces de la Corte Constitucional."*

¹³ RAMOS TAVARES, ANDRÉ (2006): *Curso de Direito Constitucional*. Cuarta edición. Ed. Saraiva, Sao Paulo, p. 287.

Así cinco de nueve jueces de la Corte Constitucional pueden adoptar la determinación de la inconstitucionalidad de un precepto legal.

En *Venezuela*, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece en el artículo 2°, párrafo 4°, que el quórum requerido para deliberar en Sala Plena y en cada una de las Salas (incluyendo la Sala Constitucional), es por mayoría simple de los Magistrados que respectivamente la forman. Asimismo, el artículo 2°, párrafo 5° de la misma Ley exige, para que sean válidas las decisiones, el voto de la mayoría simple de sus miembros.

De esta manera, puede sostenerse que los Tribunales Constitucionales de Chile, de Perú y de México, son los únicos tribunales que exigen una mayoría calificada de votos para adoptar una sentencia que expulse del ordenamiento jurídico un precepto legal, lo que posibilita, especialmente en el caso chileno, que minorías muy reducidas bloqueen la toma de decisiones del Tribunal, impidiendo la toma de decisiones sobre inconstitucionalidad de preceptos legales a mayorías calificadas de los respectivos tribunales, lo que constituye una presunción de constitucionalidad de los preceptos legales muy fuerte y difícil de destruir, debilitando enormemente el control de constitucionalidad del respectivo órgano de jurisdicción constitucional.

3.2. Reflexión final sobre quórum del Tribunal Constitucional para resolver las acciones de inconstitucionalidad

Consideramos oportuno *rebajar a la mayoría absoluta* la resolución que determine la derogación (anulación) de un precepto legal, lo que requiere la concurrencia de seis de los diez ministros del Tribunal Constitucional, lo que en la práctica constituye una mayoría de tres quintos de quienes integran el Tribunal Constitucional, ya que no

existe Tribunal Constitucional en todo el derecho comparado que opere con la mayoría de 4/5 exigidos por el texto constitucional chileno para anular un precepto constitucional, constituyendo ello un debilitamiento in extremis de la acción de inconstitucionalidad.

4. EFECTOS EN EL TIEMPO DE LA SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD

El texto del inciso 3°, frase final del artículo 94 de la Constitución, quedó en la Carta Fundamental en los siguientes términos:

“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 efectos retroactivos*.”¹⁴

Así, queda expresamente consagrado en el texto constitucional que las sentencias del Tribunal Constitucional producen *efectos ex nunc* desde su publicación en el Diario Oficial. Así, ni el legislador orgánico constitucional ni el Tribunal Constitucional pueden dar efecto retroactivo a las sentencias del juez constitucional que expulsen preceptos jurídicos de nuestro ordenamiento jurídico por inconstitucionales, tampoco pueden dictar sentencias difiriendo la abrogación de la norma contraria a la Constitución hacia el futuro (efectos pro futuro), para posibilitar que el legislador pueda regular el vacío y los daños que pudiere causar la norma para los derechos fundamentales de las personas y para la seguridad

¹⁴ En el caso de Tribunales Constitucionales sudamericanos sólo la Constitución de Perú, en su artículo 204, establece la rigidez igual a la chilena, en relación a los efectos en el tiempo de los fallos del juez constitucional.

jurídica, como el propio Tribunal Constitucional lo ha señalado en diversas sentencias.¹⁵

La inconstitucionalidad de un enunciado jurídico determina un vicio de este último, que determina su invalidez que se desprende de sus defectos que implican el quebrantamiento de la Carta Fundamental. Una vez declarada la inconstitucionalidad por el juez constitucional este debe determinar las consecuencias anudadas a la primera decisión, la nulidad de la norma inconstitucional.

Ello implica establecer claramente la diferenciación entre validez y eficacia del enunciado jurídico cuestionado. La validez explicita la conformidad del precepto jurídico con la Constitución, a diferencia de la eficacia que determina la capacidad del precepto jurídico para producir efectos. Por regla general, la validez no es condición indispensable para que el precepto jurídico produzca efectos jurídicos, ya que dicho precepto jurídico inválido es eficaz y se aplica antes de que se dicte la sentencia que determina su inconstitucionalidad.

La sentencia constitucional no produce la invalidez del enunciado jurídico afectado sino que sólo la declara, ya que ella preexiste a la sentencia y es independiente de la determinación del juez constitucional. Este último en la sentencia determinará la nulidad o abrogación de la norma inconstitucional, decretando su expulsión del ordenamiento jurídico del precepto jurídico, con ello realiza un pronunciamiento constitutivo que determina la cesación de eficacia del precepto jurídico inválido que hasta dicho momento gozaba de eficacia.

Así la “*invalidez*” está determinada por la inconstitucionalidad del enunciado jurídico cuestionado, mientras que “*la ineficacia*” está determinada por la nulidad que dictamina el Tribunal Cons-

¹⁵ STC, Rol N° 558 y 590 (acumuladas)/ 2006, de fecha 5 de junio de 2007, considerando 18° y 19°. STC Rol N° 1.173/2008 de 16 de abril de 2009, considerando 4°.

titucional. La determinación de *nulidad* o abrogación adoptada por el juez constitucional implica la *cesación de eficacia del precepto jurídico* cuestionado.

En el caso chileno, el artículo 94 de la Constitución, se pronuncia determinando que la sentencia de inconstitucionalidad de un precepto jurídico vigente, en los casos de los numerales 2, 4 o 7 del artículo 93, una vez que el Tribunal Constitucional determina la inconstitucionalidad, se entiende “*derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo*”.

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, lo que constituye una técnica legislativa incorrecta aplicarla a las sentencias del Tribunal Constitucional; en el ámbito de los órganos de jurisdicción constitucional la denominación jurídica técnica correcta es la de nulidad o anulación, que, a su vez, constituyen conceptos jurídicos diferentes. La nulidad y la anulación producen como efecto común la expulsión del precepto del ordenamiento jurídico, pero la primera lo hace con efectos retroactivos (*ex tunc*) y la segunda con efectos desde la dictación del fallo hacia el futuro (*ex nunc*). Así, para efectos jurídicos técnicos derogación equivale a anulación, la que produce efectos desde que la sentencia se publica in extenso en el Diario Oficial (art. 31 bis, inciso 2º de la LOCTC), la que debe concretarse dentro de los tres días siguientes a su dictación en el caso de sentencias referentes a auto acordados (de la LOCTC), decretos o normas legales (art. 37 g; art. 46 d; y art. 47 w, en armonía con el art. 31 bis LOCTC).

La vinculación directa e inmediata de la inconstitucionalidad con la anulación (derogación), que implica expulsión de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico genera problemas sobre los cuales el constituyente no reflexionó al establecer el artículo 94 de la Constitución.

El constituyente no se planteó si la anulación o derogación del precepto legal es, en todos los casos, la consecuencia única e indispensable de la inconstitucionalidad, o si se puede reparar la inconstitucionalidad por vías distintas.

En esta perspectiva, consideramos que debe sostenerse que la nulidad o anulación (derogación), únicamente es utilizable cuando “*la expulsión resulte medio idóneo para el restablecimiento de la juridicidad conculcada*”.¹⁶

Cabe preguntarse a continuación, si hay situaciones en que la nulidad no contribuye a reparar la inconstitucionalidad y carece de capacidad para restablecer el ordenamiento jurídico quebrantado, más aún situaciones en que la nulidad o derogación puede producir situaciones de inconstitucionalidad aún mayores y más graves. Si tales hipótesis existen, no es adecuado ni lógico el empleo de la nulidad o anulación, debiendo escindirse la relación inconstitucionalidad-nulidad, dejando abierta la posibilidad de que el juez constitucional dicte resoluciones distintas de la inconstitucionalidad-nulidad/derogación o de constitucionalidad simple.¹⁷

Así es posible sostener que la aplicación de la anulación es innecesaria cuando el juez constitucional se pronuncia sobre leyes derogadas o sobre leyes vigentes que han agotado todos sus efectos jurídicos, o cuando la inconstitucionalidad versa sobre omisiones de la ley, ya que en tales casos la nulidad y expulsión del precepto inconstitucional no genera el efecto de agregar a la ley lo que le falta para ser constitucional, y en otros casos, la derogación o

¹⁶ JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER (1998); “La declaración de inconstitucionalidad de la ley”, en Rubio Llorente, Francisco y Jiménez Campo, Javier, *Estudios sobre Jurisdicción constitucional*, MacGraw-Hill, Madrid, p. 123.

¹⁷ Sobre la materia, BIGLINO CAMPOS, PALOMA (2000): “Principio de competencia, inconstitucionalidad y nulidad a la luz de la sentencia de la STC 208/1989, de defensa de la competencia”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N.º 59, Madrid, pp. 321 y ss.

anulación del precepto legal puede generar un vacío más peligroso que el mantenimiento de la norma en el ordenamiento jurídico.

En *los casos de inconstitucionalidad por omisión discriminatoria* originada en la ley, con vulneración del principio de igualdad, que excluyen a ciertos grupos del beneficio otorgado a otros, siendo que merecen un mismo trato a los que la ley contempla en su regulación, la determinación de la nulidad o derogación como consecuencia de la determinación de inconstitucionalidad del precepto legal acarrearía un perjuicio mayor, por lo cual junto con determinar la inconstitucionalidad, la sentencia en vez de declarar la nulidad, podría exhortar al legislador a que repare la discriminación inconstitucional constituida por el privilegio de un grupo o el gravamen del otro, que contiene la ley, estableciendo un plazo para ello, al fin del cual la sentencia determina que la norma es derogada o anulada.

Las *sentencias prospectivas* del Tribunal Constitucional causan un efecto benéfico al ordenamiento jurídico y le otorgan al legislador la posibilidad directa de reconfigurar el precepto legal, ya que la expulsión inmediata del ordenamiento jurídico del precepto legal considerado inconstitucional puede producir muchos más daños que beneficios, en tales casos los tribunales constitucionales modulan los efectos de la nulidad en el tiempo buscando la solución considerada más justa, determinando la sentencia el momento desde el cual la nulidad producirá efectos, posibilitando al legislador actuar antes y adecuar el ordenamiento jurídico a la Constitución, así la nulidad determinada por la sentencia, vale decir, la pérdida de eficacia de la norma inconstitucional por su expulsión del ordenamiento jurídico, queda diferida en el tiempo, evitando los efectos más perniciosos que podría producir la eliminación inmediata del precepto del ordenamiento jurídico.¹⁸

¹⁸ TEJEDOR BIELSA, JULIO (1999): "Inconstitucionalidad y nulidad demorada

Dichas sentencias responden al temor de los tribunales constitucionales de crear a través de la sentencia estimativa de inconstitucionalidad un grave vacío normativo, junto a la realidad de no poder emitir una *sentencia aditiva* en la materia, ya que no existe una única regla que puede deducirse de la Constitución, por lo que la solución de la materia queda entregada a la función legislativa, la que tiene el deber de optar por una de las soluciones alternativas posibles de configuración de la ley.

La redacción del artículo 94 inciso 3º impide al Tribunal Constitucional chileno utilizar esta modalidad de *sentencia constitucional*, ya que establece un lazo inescindible entre inconstitucionalidad-anulación (derogación).

En este plano se sitúan también las *sentencias interpretativas de conformidad con la Constitución*, donde también opera la inconstitucionalidad sin derogación (anulación), ya que el juez constitucional opera sobre el contenido del precepto legal, descartando sus significados contrarios a la Constitución, pero sin afectar la eficacia del precepto legal que se mantiene en el ordenamiento jurídico en su significado ajustado a la Constitución determinado por el Tribunal Constitucional,¹⁹ sentencias que son practicadas por todas las jurisdicciones constitucionales. Estas sentencias sólo son posibles si, a su vez, se distinguen el enunciado legal y las normas que emanan del mismo, ya que lo que se anulan son algunas normas emanadas del enunciado legal sin afectar la validez del mismo enunciado y de las normas que emanan de él en conformidad con

¿paliativo a la nueva jurisprudencia sobre supletoriedad? La STC 195/1998, de 1º de octubre", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N.º 101, pp. 120 y ss.

¹⁹ Sobre las sentencias interpretativas ver el excelente libro de SÁNCHEZ SÁNCHEZ, ABRAHAM (2005): *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*, Ed. Jurídicas Gustavo Yáñez, Bogotá. Ver también GONZÁLEZ BELFUS, MARKUS (2000): *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 54 y ss.

la Constitución de acuerdo a lo resuelto por el juez constitucional en el caso concreto.

Los efectos del precepto jurídico determinado como inconstitucional es un *problema empírico* que no se encuentra resuelto por la decisión de inconstitucionalidad. La determinación de los efectos en el tiempo de la sentencia de inconstitucionalidad debe ser evaluada en cada caso, ya que es el Tribunal Constitucional el que mejor conoce el caso concreto y lo que es justo para el mismo, ya que la sentencia constitucional ocupa el lugar dejado por el precepto jurídico inconstitucional y nulo o anulado.

La tesis asumida por el artículo 94 de la Constitución que hace depender siempre los efectos de las sentencias del objeto del control que es el precepto jurídico inconstitucional introducen una rigidez sobre las situaciones acontecidas durante la vigencia del enunciado jurídico inválido, lo que resta al juez constitucional un margen para determinarlos atendiendo a la realidad de las situaciones. En nuestra opinión esta rigidez es altamente inconveniente, ya que impide al Tribunal Constitucional modular los efectos de la sentencia constitucional en el tiempo.

4.1. Una mirada al derecho comparado

Ni siquiera el Tribunal Constitucional desarrollado bajo la inspiración del concepto de legislador negativo de Kelsen, establece la rigidez que establece la Constitución chilena entre la nulidad y los efectos de la sentencia en el tiempo.

Al efecto, la Constitución de Austria, en su artículo 140.5 precisa,

El fallo del Tribunal Constitucional por el que se anule una ley como anticonstitucional, obliga al Canciller Federal o al Gobernador Regional competente a publicar sin demora la derogación. Se aplicará este precepto por analogía al caso de las acciones inter-

puestas al amparo del párrafo 4. La anulación entrará en vigor el día de la promulgación, si el Tribunal Constitucional no hubiere fijado un plazo para la expiración de la vigencia. Dicho plazo no podrá exceder de un año.

A su vez, el artículo 140.7 determina,

“Anulada una ley como inconstitucional o pronunciada sentencia por el Tribunal Constitucional, quedarán vinculados a dicho fallo cualesquiera tribunales y órganos administrativos. Sin embargo, se seguirá aplicando la ley en cuestión a las situaciones de hecho consumadas antes de la anulación, excepto aquella que haya dado origen al fallo, si el Tribunal Constitucional no hubiere dispuesto otra cosa en su fallo derogatorio. Si el Tribunal Constitucional hubiese fijado en dicho fallo un plazo conforme a lo previsto en el párrafo 5, la ley se aplicará a todos los hechos que se consumen antes a que expire el plazo, con excepción precisamente del caso que dio origen a la sentencia.”

El *Tribunal Austríaco*, inspirado en el modelo kelseniano, de acuerdo con las normas constitucionales citadas, al determinar la nulidad de la norma inconstitucional los efectos de ella son que dicha nulidad no tiene efectos sobre los actos desarrollados durante la eficacia de la norma inconstitucional en el pasado, sino solo efectos *ex nunc* o *pro futuro* por regla general, sin perjuicio de posibilitar que el propio Tribunal module sus sentencias en el tiempo dentro de ciertos límites, los efectos pueden ser inmediatos o prospectivos en el tiempo hasta un máximo de un año. Schäfer en su estudio sobre la materia, señala que, pese a la rigidez del sistema, en algunos casos el Tribunal Constitucional ha dado efectos retroactivos a sus fallos, como ocurrió en 1996, en un caso de saneamiento presupuestal, el Tribunal Constitucional consideró que dicho gravamen era desproporcionado e inconstitucional, como se trataba de un procedimiento especial (*Anlabfälle*), donde se habían presentado cerca de once mil recursos, el Tribunal tomó la determinación que los efectos del fallo que había favorecido a algunos contribuyentes,

se extendiera a todos los casos decididos según la norma objeto de control, concediendo claros efectos retroactivos al fallo en virtud del principio de igualdad, anulando la carga impositiva de forma general y con efectos *ex tunc*.²⁰

De la innecesaria rigidez aprendida de la experiencia de los tribunales constitucionales europeos, las constituciones y legislaciones sudamericanas han extraído la necesaria flexibilidad que debe ser dejada al juez constitucional para modular los efectos de la nulidad en el tiempo.

El artículo 27 de la Ley N.º 9.868 de 1999, que regula la acción directa de inconstitucionalidad brasileña, determina que:

“al declarar la inconstitucionalidad de la ley o acto normativo, y teniendo en vista razones de seguridad jurídica o de excepcional interés social, podrá el Supremo Tribunal Federal, por mayoría de dos tercios de sus miembros, restringir los efectos de dicha declaración o decidir que ella sólo tenga eficacia a partir de su tránsito en juzgado o de otro momento que venga a ser fijado”, lo que rompe con la rigidez de la regla de la eficacia ex tunc de la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad.

Así el artículo 27 permite que, a pesar de la declaración de inconstitucionalidad, como señala Ana Paula Ávila, “un acto mantenga todos los efectos producidos hasta esta declaración (*ex nunc*), o que mantenga parte de esos efectos (*ex tunc* restringido), o que, además de mantener todos los efectos producidos, tenga una producción de efectos *pro futuro*, hasta el momento que la decisión fija para que tales efectos cesen (*ex nunc* con término inicial diferido). Para la mantención de esos efectos, es necesario

el acuerdo de, por lo menos, ocho ministros, y que la mantención de estos efectos esté albergada en el texto de la Constitución”.²¹

El artículo 45 de la *Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de Colombia* determina que las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control “*tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario*”, norma que fue declarada exequible, vale decir, conforme con la Constitución, por la Sentencia de la Corte Constitucional C-037 de 1996.

Sobre la materia hay diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional, así en sentencia C-113/93 declaró que los fallos de la Corte tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materia penal, policiva y disciplinaria y en el caso previsto en el artículo 149 de la Constitución.

A su vez, en sentencia C-037/96 la Corte Constitucional colombiana fijó algunos criterios de modulación de los fallos en el tiempo, precisando que “*Los efectos concretos de la sentencia de inequibilidad dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, del alcance de dos principios encontrados: la supremacía de la Constitución —que aconseja atribuir a la decisión efectos ex tunc, esto es, retroactivos— y el respeto a la seguridad jurídica —que, por el contrario, sugiere conferirle efectos ex nunc, esto es únicamente hacia el futuro—*”.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana hay diversas sentencias que han determinado efectos *ex tunc*, así ocurrió con el fallo C-149 de 1993, en que la ley 6 de 1992,

²¹ ÁVILA, ANA PAULA (2009): *A modelação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*. Librería Do Adrogado editora, Porto Alegre, p. 171. Traducción del autor. En el mismo sentido, Clemerson Merlin Cleve, en Bonavides, Pablo; Miranda, Jorge; y De Moura Agra, Walber (coords.), *Comentarios a Constituição Federal de 1988*. Ed. Forense, Río de Janeiro, pp. 1346-1347.

²⁰ SCHÄFER, HEINZ (1998): “Austria: la relación entre el Tribunal Constitucional y el Legislador” en Aja, Elisco (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*, Ariel derecho, Barcelona, pp. 37-38.

había establecido un impuesto retroactivo, el que fue declarado inconstitucional, pero como muchos contribuyentes ya habían cancelado el gravamen, se ordenó la devolución inmediata de las sumas canceladas. Asimismo, en fallo C-619 de 2003, se determinó que el efecto del fallo que resolvió la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 900 de 2003, que había sido dictado por el gobierno en virtud de un Estado de Excepción Constitucional prorrogado declarado inconstitucional por el propio Tribunal en sentencia C-327 de 29 de abril de 2003, tenía el carácter de determinar la pérdida de vigencia del mismo desde el momento de su expedición.²²

A su vez, a través de la sentencia C-187 de 1997, la Corte Constitucional declaró la inexecutable (inconstitucionalidad) de un decreto con fuerza de ley dictado desde el momento mismo en que se había declarado la inexecutable (inconstitucionalidad) del decreto que había establecido el respectivo Estado de Excepción de Emergencia.

En Costa Rica, la Ley de la Jurisdicción Constitucional, termina en su artículo 91, que:

“La declaración de inconstitucionalidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia del acto o de la norma, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe.

“La sentencia constitucional de anulación podrá graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo y la materia, su efecto retroactivo, y dictará las reglas necesarias para evitar que éste produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales.”

²² Ver sentencia C-619 de 2003 en *Revista Electrónica Foro Constitucional Iberoamericano* N° 3, Universidad Carlos III, Madrid. Página. <http://77www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JC/revista-03-jur-cob5.htm>

Así la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, dispone de la facultad de dimensionar los efectos de las sentencias en el tiempo, a manera ejemplar citaremos el fallo N° 2907-02826 de 19.01 horas del 27 de febrero de 2007, el cual determina:

“En virtud de lo dispuesto en la Ley de la Jurisdicción Constitucional esta sentencia tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de la disposición anulada, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley de Jurisdicción constitucional, se dimensionan los efectos en el sentido de que la inconstitucionalidad declarada no afecta las contrataciones formalizadas y finiquitadas, ni las que se encuentren en proceso de ejecución, con anterioridad a la publicación del texto íntegro de esta sentencia en el boletín Judicial.”²³

En el caso de Ecuador, la regla establecida en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional²⁴ de 22 de octubre de 2009, precisa:

“Artículo 45. Reglas sobre los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario.”

Art. 95. Efectos de la sentencia en el tiempo. Las sentencias que se dicten en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad surten efectos de cosa juzgada y producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los

²³ CORDOBA ORTEGA, JORGE y GONZÁLEZ PORRAS, ANDRÉS (2010): *Ley de la Jurisdicción Constitucional (Con jurisprudencia, concordada y Actas de discusión Legislativa)*, Ed. Investigaciones Jurídicas S.A. San José, p. 269.

²⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 22 de octubre de 2009.

efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, la plena vigencia de los derechos constitucionales, y cuando no afecte la seguridad jurídica y el interés general. Cuando la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición jurídica produzca un vacío normativo que sea fuente potencial de vulneración de los derechos constitucionales o produzca graves daños, se podrá postergar los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad.

En México, el artículo 105 constitucional establece la regla de que las sentencias de acciones de inconstitucionalidad declaren la invalidez de la norma, con la excepción de materia penal en y a favor del reo, en cuyo caso la sentencia de anulación es con efecto retroactivo. Por otra parte, el Pleno de la Corte Suprema ha aceptado otorgar cierto efecto retroactivo:

“indicar en forma extraordinaria que la declaración de invalidez sea efectiva a partir de presentación de la demanda, cuando por virtud de la suspensión de los actos reclamados se hayan mantenido las cosas en el estado que se encontraban al momento de la promoción de la controversia, o bien desde el momento en que se hubiese otorgado esa medida cautelar, cuando su concesión ocurrió con posterioridad a la presentación de aquella”.²⁵

En el caso de Perú, el artículo 81 del Código Procesal Constitucional, establece que

“Los efectos de la sentencia fundada recaída en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos (...)

²⁵ Controversia constitucional. La sentencia de invalidez excepcionalmente puede surtir efectos a partir de la fecha de presentación de la demanda. Pleno Corte Suprema de Justicia de México. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, T. XXIII, mayo de 2006, Tesis P./J. 71/2006 p. 1377.

“Cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución, el Tribunal deberá determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de la decisión en el tiempo. Asimismo resuelve lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia”.

En el caso de Venezuela, el artículo 5° de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004,²⁶ ha regulado estas atribuciones de la Sala Constitucional, al atribuirle poderes para:

“(Párrafo 6°). Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad. La sentencia que declare la nulidad total o parcial deberá publicarse en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, determinando expresamente sus efectos en el tiempo;”.

A su vez, la misma ley, reitera el principio de entregar a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo la modulación de los efectos del fallo en el tiempo, en su artículo 21, párrafo 18°, que en el fallo definitivo en que se pronuncia sobre la nulidad por inconstitucionalidad de normas o actos impugnados de inconstitucionalidad, una vez examinados los motivos en que se funda la demanda, *“determinará, en su caso, los efectos de la decisión en el tiempo”*.

En el caso chileno, el artículo 94 de la Constitución genera una rigidez de los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad a través de un enunciado constitucional innecesario en nuestra opinión, lo que nos lleva a sostener la necesidad de flexibilizar la modulación de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, dándole mayor libertad al juez constitucional que conoce

²⁶ Gaceta Oficial N° 37942 de 19-05-2004.

mejor el problema suscitado por el caso específico en que dicta la sentencia de inconstitucionalidad, para determinar los efectos de la sentencia en el tiempo.

En la materia, es necesario señalar que dicha rigidez ha generado en el Tribunal Constitucional la consideración que a través de la sentencia de inconstitucionalidad no se puede generar un daño mayor al que se intenta de solucionar. En efecto, el Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 1.173 en el cual rechaza la inconstitucionalidad del artículo 474 del Código del Trabajo, en la medida que la sentencia no tiene efectos retroactivos, afectando a otras personas impidiéndoles obtener la inaplicabilidad, con lo cual ellas serían perjudicadas. El efecto el Tribunal Constitucional precisó:

“Sexto. Que el ordenamiento constitucional es un sistema normativo, que regula poderes públicos, reconoce y ampara derechos subjetivos y fundamenta, en fin, la cohesión y equilibrio político y social. La exclusión de una norma legal es consecuencia de la ruptura de ese ordenamiento, para restablecerlo en plenitud. Dicha finalidad no se logra si la expulsión del precepto legal puede acarrear efectos aún más nocivos que los que produce su pervivencia. Una decisión de tal envergadura requiere, pues, la ponderación de su conveniencia para el orden constitucional que esta Magistratura debe cautelar. El criterio adecuado para calificarlo es la determinación de las consecuencias de la desaparición del precepto legal. Si deviene una situación más perjudicial o negativa que la preexistente a su anulación, no resulta conveniente para el interés público y la plena vigencia del Estado de Derecho la derogación de la norma”.

Si el Tribunal Constitucional pudiera en tales casos dictar sentencias con efecto *ex tunc* o *pro futuro*, podría dictaminar la sentencia de inconstitucionalidad que en este caso no concretó en atención a la desigualdad que ello generaría entre distintas personas, ya que ella sería eliminada por el efecto retroactivo, en su caso, en una sentencia exhortativa a los órganos colegisladores, otorgándoles

un plazo razonable antes de dictaminar la inconstitucionalidad para modificar la norma legal pertinente, traslada la responsabilidad al legislativo en caso de la inacción dentro de un plazo razonable.

Otro problema que ha generado la rigidez de los efectos *ex tunc* de la sentencia de inconstitucionalidad, se presentó con los casos que llegaron por decenas al Tribunal Constitucional luego que dicho Tribunal declarara la inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario, expulsando del ordenamiento jurídico la disposición que posibilitaba la delegación de función jurisdiccional de los directores regionales del Servicio de Impuestos Internos respecto de funcionarios inferiores del respectivo Servicio, en sentencia Rol N° 681-2006 de 26 de marzo de 2007. En efecto, al existir centenares de casos o miles de ellos, en que los funcionarios del Servicio de Impuestos Internos habían fallado casos en la hipótesis declarada inconstitucional, los cuales se encontraban a través del sistema recursivo en los tribunales superiores de justicia, los contribuyentes plantearon acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que se caracterizan por un control concreto de constitucionalidad, de la cual conoce el Tribunal Constitucional a requerimiento de alguna de las partes en la respectiva gestión judicial. Ante dicha situación, el Tribunal Constitucional consideró improcedentes las acciones de inaplicabilidad por carecer de competencia para emitir sentencias de inaplicabilidad frente a una disposición legal que el propio tribunal había ya determinado su anulación previamente, por lo tanto, inexistente en el ordenamiento jurídico, ya que ello implicaría darle efecto retroactivo a la sentencia de inconstitucionalidad previamente adoptada, lo que estaba prohibido por el artículo 94 de la Constitución, como asimismo el Tribunal Constitucional carecía de competencia para declarar la inaplicabilidad de preceptos legales en forma retroactiva. Dicha perspectiva asumida por el Tribunal Constitucional generó la correspondiente reacción de la Corte Suprema, la cual

consideró que en todos los casos en que no hubiere fallo con efecto de cosa juzgada, debe entenderse que la aplicación del precepto legal aún no se encuentra consolidada procediendo, teniendo presente la sentencia del Tribunal Constitucional, la declaración de nulidad de oficio del fallo. Así la Corte Suprema determina efectos de nulidad a la sentencia de inconstitucionalidad dictada por el Tribunal Constitucional, la que procede declararla de oficio, lo que, en la práctica, implicó darle efectos retroactivos al fallo de inconstitucionalidad del precepto legal del artículo 116 del Código Tributario, ya que resolver de otra manera importaría una desigual aplicación de la ley dependiendo de la época en que se desarrollaron las actuaciones del juez tributario. Ello llevó a que las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema que tenían causas sobre la materia ordenaran la nulidad de oficio de las resoluciones de los jueces tributarios.

En el caso de la determinación de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 de ISAPRES, y ante diversas solicitudes de inaplicabilidad pendientes ante el Tribunal Constitucional con posterioridad a la sentencia de inconstitucionalidad del mencionado precepto legal, el Tribunal Constitucional varió su posición sostenida en los casos de inaplicabilidad del artículo 116 con posterioridad a su declaración de inconstitucionalidad, sosteniendo en la sentencia Rol N° 1.552-09-INA, entrando a conocer de las acciones de inaplicabilidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 ya derogado, sosteniendo en el considerando 22° del fallo:

“Que, en procura de hacer eficaz lo resuelto en la mencionada sentencia de inconstitucionalidad y a fin de evitar cualquier posibilidad de que la norma constitucional cuestionada pueda, eventualmente, aplicarse por los tribunales que conocen de la gestión pendiente y que, al hacerlo, se vulnera la Constitución, por ello, el presente recurso de inaplicabilidad será acogido”.

La reacción de la Corte Suprema no se hizo esperar en las gestiones judiciales que se encontraban ante ella a través de recursos de protección dicta fallos dando aplicación a la sentencia de inconstitucionalidad dándole efectos retroactivos en los casos en que no hay sentencias definitivas con valor de cosa juzgada, considerando que el precepto legal que había autorizado a las ISAPRES a convenir las tablas de factores contenidas en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, quedó subsumido en el artículo 199 del DFL N° 1 de 2005 que fue declarado inaplicable y luego inconstitucional por el Tribunal Constitucional, por lo que debe aplicarse conforme a la normativa posterior a la declaración de inconstitucionalidad.

El conjunto de problemas que causa la norma del artículo 94 de la Constitución al establecer la rigidez de los efectos del fallo de inconstitucionalidad en términos *ex nunc*, debe ser modificado para posibilitar una flexibilización de los efectos del fallo en el tiempo.

5. CONSIDERACIONES FINALES

En virtud del análisis efectuado y en el ámbito específico de los puntos considerados estimamos conveniente perfeccionar la normativa constitucional y de la LOC del Tribunal Constitucional en el siguiente sentido:

1. Estimamos que la acción pública de inconstitucionalidad debería denominarse “acción popular de inconstitucionalidad”.
2. La acción de inconstitucionalidad debiera poder plantearse como requerimiento ante el Tribunal Constitucional en sola defensa de la Constitución y la supremacía constitucional respecto de preceptos legales, desvinculada de una sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad previa como hoy establece el texto constitucional y la LOC del Tribunal Constitucional que la desarrolla, o al menos, desvinculándola del mismo vicio de la declaración de

inaplicabilidad por inconstitucionalidad resuelta por el Tribunal Constitucional.

3. Consideramos que es excesiva la mayoría calificada para que el Tribunal pueda abrogar un precepto legal considerado inconstitucional, en tal sentido consideramos conveniente reducir a tres quintos de los ministros del Tribunal Constitucional el número de votos conformes para eliminar un precepto legal del ordenamiento jurídico.

4. Nos pronunciamos por la necesidad de perfeccionar la norma de los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional, flexibilizando los efectos de las sentencias en el tiempo, posibilitando que el Tribunal Constitucional en casos específicos pueda determinar efectos distintos de la sentencia a los *efectos ex nunc*, ya sea determinando efectos retroactivos o efectos prospectivos o *pro futuro* de la sentencia, lo que podría quedar entregada esta flexibilización a una mayoría de tres quintos (seis sobre diez ministros) o de dos tercios de los miembros en ejercicio del Tribunal Constitucional (siete sobre diez ministros).

BIBLIOGRAFÍA

- ABAD YUPANQUI, SAMUEL Y OTROS (2008): *Código Procesal Constitucional* ndl. Tercera edición, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú, Lima.
- ÁVILA, ANA PAULA (2009): *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*, Livraria do Advogado editora, Porto Alegre.
- AZULA CAMACHO, JAIME (2000): *Teoría general del proceso*, Tomo I, Séptima edición, Editorial Temis, Bogotá.
- BERTELSEN R., RAÚL (1993): "Sistemas de control de constitucionalidad entre 1960 y 1988", en libro colectivo *Diagnóstico Histórico jurídico del poder legislativo en Chile 1960-1990*, Ed. CEAL-UCV, Valparaíso.
- BERTELSEN R., RAÚL (1969): *Control de constitucionalidad de la ley*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- BIGLINO CAMPOS, PALOMA (2000): "Principio de competencia, inconstitucionalidad y nulidad a la luz de la sentencia de la STC 208/1989, de defensa de la competencia", en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 59, Madrid, pp. 321 y ss.
- BONAVIDES, PABLO; MIRANDA, JORGE, y DE MOURA AGRA, WALBER (coords.) (2009): *Comentarios a Constituição Federal de 1988*, Ed. Forense, Rio de Janeiro.
- BRAGE CAMAZANO, JOAQUÍN (1998): *La acción de inconstitucionalidad*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- BREWER-CARIAS, ALLAN R. (1996): *Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo VI La Justicia Constitucional*, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana.
- BREWER-CARIAS, ALLAN R. (1976): *Las garantías constitucionales de los derechos del hombre*, Caracas.
- CARRASCO ALBANO, MANUEL (1874): *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833*, Segunda edición, Imprenta de Mercurio, Santiago.
- CASAL H., JESÚS M. (2003): "La cosa juzgada en los procesos constitucionales", en Bazán, Víctor (Coord.), *Defensa de la Constitución. Garantismo y Controles. Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos*, Ed. Ediar, Buenos Aires.
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS (XXXX): "El Tribunal Constitucional y el control de las leyes", en *Libro homenaje a Héctor Fix Zamudio*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, pp. 23-48.
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS (2008): "Efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Dificultades y desafíos", en *Actualidad Jurídica N° 17*, Universidad del Desarrollo, Santiago.
- CÓRDOBA ORTEGA, JORGE y GONZÁLEZ PORRAS, ANDRÉS (2010): *Ley de la Jurisdicción Constitucional (Con jurisprudencia, concordada y Actas de discusión Legislativa)*, Ed. Investigaciones Jurídicas S.A., San José.
- GUZMÁN DINATOR, JORGE (1964): *Nueva Sociedad. Vieja Constitución*, Ed. Orbe, Santiago.
- CÓRDOBA ORTEGA, JORGE y GONZÁLEZ PORRAS, ANDRÉS (2008): *Ley de la jurisdicción constitucional*, San José, Costa Rica.

- CUMPLIDO CERECEDA, FRANCISCO (1958): *Teoría de la Constitución*, Editorial Universitaria, Santiago.
- EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE (1973): *Chile, Hacia una Constitución contemporánea*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- GONZÁLEZ BELFUSS, MARKUS (2000): *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 54 y ss.
- HUNEEUS, JORGE (1879-1880): *La Constitución ante el Congreso*, Tomo II, Imprenta de Los Tiempos, Santiago.
- JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER (1998): "La declaración de inconstitucionalidad de la ley", en Rubio Llorente, Francisco y Jiménez Campo, Javier, *Estudios sobre Jurisdicción constitucional*, Ed. MacGraw-Hill, Madrid.
- LA ROCHE, HUMBERTO J. (1972): *El control jurisdiccional de la constitucionalidad en Venezuela y Estados Unidos*, Maracaibo.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2006): "La ampliación de las competencias normativas de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional chileno y la ampliación de la fuerza normativa de sus sentencias de acuerdo con la reforma constitucional de 2005", *X Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, pp. 241 y ss.
- ORTECHO VILLENA, VÍCTOR JULIO (2003): *Dificultades y avances en la justicia constitucional peruana*, Comunicación al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla.
- PALOMINO MANCHEGO, JOSÉ F. Y OTROS (2003): *Syllabus de Derecho Procesal Constitucional*, Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima.
- PICA F., RODRIGO (2012): *Control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley en Chile. Los procesos de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de competencia del Tribunal Constitucional*. Segunda edición actualizada y aumentada, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago.
- RAMOS TAVARES, ANDRÉ (2006): *Curso de Direito Constitucional*, Cuarta edición, Ed Saraiva, Sao Paulo.
- RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO (1998): "La jurisdicción constitucional en Chile. Su institución entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional",

en *Revista Ius et Praxis*, año 4 N° 1, Ed. Universidad de Talca, Talca, pp. 315-330.

RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO (2002): "El control difuso de constitucionalidad de la ley en la República de Chile" en *Revista Ius et Praxis*, año 8 N° 1, Ed. Universidad de Talca, Talca, pp. 389-418.

SAENGER, FERNANDO (2003): "Veinte años de recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad" en *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional* N° 7, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 431-462.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, ABRAHAM (2005): *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*, Ed. Jurídicas Gustavo Yáñez, Bogotá.

SARLET, INGO WOLFGANG Y OTROS (2012): *Curso de Direito Constitucional*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

SCHÄFER, HEINZ (1998): "Austria: la relación entre el Tribunal Constitucional y el Legislador", en Aja, Eliseo (ed.). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona.

SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO (1970): "Tribunal Constitucional", en libro colectivo *Reforma Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago.

SILVA CIMMA, ENRIQUE (1989): "El Tribunal Constitucional chileno bajo la Constitución de 1925 reformada en 1971", en *La Revista de Derecho*, N° 1, Santiago.

SILVA CIMMA, ENRIQUE (1977): *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

TEJEDOR BIELSA, JULIO (1999): "Inconstitucionalidad y nulidad demorada ¿paliativo a la nueva jurisprudencia sobre supletoriedad? La STC 195/1998, de 1° de octubre", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 101, pp. 120 y ss.

VERDUGO, MARIO; PFEFFER, EMILIO; NOGUEIRA, HUMBERTO (1997): *Derecho Constitucional*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

ZUÑIGA URBINA, FRANCISCO (2010): *Acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre temas procesales*, Ed. Abeledo Perrot-Legal Publishing, Santiago.

ZUÑIGA URBINA, FRANCISCO (2002): *Jurisdicción constitucional en Chile*, Tomo II, Ed. Universidad Central de Chile, Santiago.

BOLETÍN MEXICANO
de **Derecho Comparado**

Número conmemorativo, sexagésimo aniversario

60

BOLETÍN MEXICANO
de **Derecho Comparado**

aniversario
1948-2008

ISSN 0041-8633



CONSIDERACIONES SOBRE LOS TIPOS DE GOBIERNO PRESIDENCIALISTA Y SEMIPRESIDENCIAL EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Humberto NOGUEIRA ALCALÁ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El presidencialismo latinoamericano.* III. *El régimen parlamentario.* IV. *Los tipos de gobierno semipresidencial y sus caracteres esenciales.* V. *El desarrollo del sistema semipresidencial como alternativa válida para algunos países latinoamericanos.* VI. *Consideraciones finales.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Cada tipo o forma de gobierno se identifica por una determinada institucionalidad jurídica y política, una estructura de principios y relaciones que rigen entre el Gobierno (Ejecutivo) y el Parlamento o Congreso (Legislativo), en una lógica específica propia. Esto permite determinar los tipos básicos de gobiernos y algunas de sus variantes.

Este análisis básico y esencialmente jurídico institucional nos permite clasificar los tipos de gobierno existentes en los diversos países, considerando sus ordenamientos constitucionales, las instituciones estructuradas por ellos y sus interrelaciones formales.

* Doctor en derecho constitucional por la Universidad Católica de Lovaina La Nueva, Bélgica. Profesor titular de Derecho constitucional de la Facultad de Derecho y director del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Campus Santiago, Chile. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional; vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y presidente del Capítulo Chileno del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. nogueira@utalca.cl.

Este análisis es básico por ser esencialmente descriptivo del sistema institucional normativo de un determinado Estado, lo que otorga una visión parcial de la configuración del poder político estatal. En efecto, un análisis más profundo lleva al estudio de los regímenes políticos o sistemas de gobierno, donde no sólo se consideran los comportamientos específicos de los agentes estatales que desarrollan dichas funciones y su interacción en el medio social, económico, cultural y político en el que se encuentran insertos, sino la interacción con las fuerzas políticas, la consideración de las costumbres como normas no escritas que configuran comportamientos determinados; la consideración de si las normas surgen naturalmente de esa sociedad o ellas han sido impuestas; la existencia de concepciones más tolerantes y permisivas o más intolerantes y restrictivas; la consideración de los valores e ideologías preponderantes o de compromiso existentes en la sociedad y en el sistema institucional, la conjugación del sistema institucional, el sistema de partidos y los sistemas electorales y de representación institucionales. Todos estos factores permiten hablar de regímenes políticos o sistemas políticos determinados en una visión más compleja, dinámica y de interacción entre las normas, las instituciones y los comportamientos, como asimismo, los intereses, valores y principios que sostienen las diversas fuerzas sociales y políticas que interactúan con el Gobierno.¹

II. EL PRESIDENCIALISMO LATINOAMERICANO

El presidencialismo latinoamericano es un régimen original que responde a una doble necesidad contradictoria, como señala Jacques Lambert, por una parte, la necesidad de acordar al jefe del Ejecutivo

¹ Véase, entre otros, Blondel, J. *et al.*, *El gobierno. Estudios comparados*, Madrid, Alianza Universidad, 1981; Almond, Gabriel y Bingham, Powell, *The Comparative Politics. A Development Approach*, Lille, Brown & Co., 1966; Liphart, Arend, *Las democracias contemporáneas. Un estudio comparativo*, Barcelona, Ariel, 1991; Jiménez de Parga, M., *Los regímenes políticos contemporáneos*, 6a. ed., Tecnos, 1983; Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, México, FCE, 1996; Nohlen, Dieter, *Sistema de gobierno, sistema electoral y sistema de partidos políticos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial, 1999; Binghamman Powell, G., *Contemporary Democracies. Participation, Stability and Violence*, Cambridge, 1982; Linz, Juan y Valenzuela, Arturo, *La crisis del presidencialismo. Perspectivas comparativas*, Madrid, Alianza Universidad, 1997; Nogueira A., Humberto, *Regímenes políticos contemporáneos*, Santiago, Jurídica de Chile, 1993; Planas, Sergio, *Regímenes políticos contemporáneos*, México, FCE, 1997.

los medios de gobierno amplios que exige la situación peculiar de países en vías de desarrollo, y, por otra parte, la necesidad de limitar dichos poderes en países que no se resignan a la arbitrariedad y el abuso de poderes² y desean ser auténticos Estados de derecho democráticos.

Este presidencialismo latinoamericano ha sido denominado también por algunos autores "cesarismo representativo", para quienes el régimen, si funciona correctamente, se diferencia de la dictadura por el hecho de que el poder del jefe de Estado no es ilimitado ni arbitrario, que existe según una regla constitucional preestablecida, que respeta a las otras instituciones y garantiza las libertades públicas, que su autoridad política proviene de una elección popular competitiva y es limitada en el tiempo³ y que posee amplios poderes, de los cuales sólo responde ante el pueblo que lo eligió, aún cuando comparte el poder del Estado con un Parlamento con prerrogativas limitadas, ya que el Ejecutivo se convierte en colegislador.

1. La elección presidencial en los tipos de gobierno presidencialista de América Latina

En nuestra América Latina, las elecciones presidenciales se desarrollan esencialmente a través de dos procedimientos alternativos: elección por mayoría relativa o elección por mayoría absoluta, y segunda vuelta en caso de que no obtenga ésta en la primera elección.

Este segundo procedimiento se utiliza, entre otras cartas fundamentales, en las Constituciones de Chile de 1980 (artículo 26); de Guatemala de 1985 (artículo 184); de Perú de 1993 (artículo 111).

El artículo 94 de la Constitución argentina de 1994 establece también la doble vuelta o *ballottage*, pero lo atenua razonablemente cuando en el artículo 97 establece "cuando la fórmula que resulte más vo-

² Ciunplido, Francisco, *El sistema democrático en América Latina*, Santiago, ICHEH, 1984, p. 10; Franco-García, José María, *Estado federal y Estado regional. El derecho venezolano en 1982*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1982, pp. 395-485.

³ Goossens, Charles, "Le régime parlementaire des états européens", en varios autores, *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sagués-Laso*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1969, t. III, pp. 657 y 658.



BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO
Número conmemorativo, sexagésimo aniversario

*En este número especial del Boletín Mexicano
de Derecho Comparado colaboraron:*

Francisco José de Andrea S.; Marco Aparicio Wilhelmi; Francisco Balaguer Callejón; Daniel A. Barceló Rojas; Ingrid Brena Sesma; Miguel Carbonell; Jaime Cárdenas; Jorge Carpizo; Adriana Dreyzin de Klor; Ángela Figueruelo Burrieza; Imer B. Flores; Cecilia Fresnedo de Aguirre; Domingo García Belaunde; Eduardo García de Enterría; Jorge Mario García Laguardia; Agustín García-López Santaolalla; Juan Luis González Alcántara; Jorge Alberto González Galván; Nuria González Martín; María del Pilar Hernández; Pedro Alfonso Labariega Villanueva; Jorge Madrazo; Ricardo Méndez-Silva; Cecilia Mora-Donatto; Humberto Nogueira Alcalá; J. Jesús Orozco Henríquez; Loretta Ortiz Ahlf; Lucio Pegoraro; María de Montserrat Pérez Contreras; Gerardo Pisarello; Elvia Arcella Quintana Adriano; Javier Rui Pérez; Sixto Sánchez Lorenzo; José María Serna de la Garza; Jean-Michel Servais; Aníbal Sierralta Ríos; José Luis Soberanes Fernández; Eduardo Tellechea Bergman; Diego Valadés y Jorge Reinaldo Vanossi.