

Juan Colombo Campbell (Chile)\*

## Relación entre las potestades del Tribunal Constitucional y de los tribunales superiores de justicia en la perspectiva del mandato de supremacía constitucional\*\*

### RESUMEN

Hoy la jurisdicción constitucional es generalmente compartida entre los tribunales constitucionales y las cortes supremas o sus salas constitucionales, lo que naturalmente produce relaciones y en ocasiones conflictos en su ejercicio. Este trabajo afirma que ambas competencias tienen como misión final y común la de dar eficacia al principio de la supremacía constitucional, pilar indubitado de un Estado de derecho, que deben contemplarse de tal manera que no se generen sentencias contradictorias.

**Palabras clave:** derecho constitucional, constituciones, jurisdicción, tribunal constitucional, justicia constitucional, supremacía constitucional.

### ZUSAMMENFASSUNG

Heute teilen sich im allgemeinen die Verfassungsgerichte die Zuständigkeit für Verfassungsrechtsfragen mit den obersten Gerichtshöfen oder deren Kammern für Verfassungsrechtsfragen, was natürlich zu Wechselwirkungen und gelegentlichen Konflikten bei der Wahrnehmung dieser Aufgabe führt. Dieser Aufsatz kommt zu dem Schluss, dass die Doppelzuständigkeit letztlich dem Zweck dient, dem Prinzip des Verfassungsvorrangs Geltung zu verschaffen, das unzweifelhaft einen Grundpfeiler des Rechtsstaats darstellt. Daher muss sie so konzipiert werden, dass es nicht zu sich widersprechenden Entscheidungen kommt.

---

\* Profesor titular de Derecho Procesal de la Universidad de Chile y decano de la Facultad de Derecho por cinco años. Ministro y presidente del Tribunal Constitucional de Chile por diecinueve años; decano de la Escuela de Carabineros de Chile; árbitro de la Cámara de Comercio de Santiago, Chile. <jfcolomboc@hotmail.com>.

\*\* Este trabajo es parte de la conferencia dictada en el Instituto de Estudios Judiciales, patrocinado por la Fundación Konrad Adenauer, con fecha 9 de noviembre de 2012.

**Schlagwörter:** Verfassungsrecht, Verfassungen, Zuständigkeit, Verfassungsgericht, Verfassungsgerichtsbarkeit, Vorrang der Verfassung.

## ABSTRACT

Nowadays, constitutional jurisdiction is shared between constitutional courts and supreme courts or their constitutional chambers, which naturally leads to relations between these entities and occasionally to disputes. This paper holds that both types of institutions have the common mission of making constitutional supremacy a reality, since it is the undisputed cornerstone of a State that recognizes the rule of law, and that a way must be found to avoid contradictory judgments.

**Keywords:** Constitutional law, Constitutions, Jurisdiction, Constitutional court, Constitutional justice, Constitutional supremacy.

## 1. Introducción

Inicio mi exposición afirmando que las potestades, como las denomina la invitación a participar en este curso de los tribunales superiores de justicia y del tribunal constitucional, tienen ambas como misión común y final, la de dar eficacia a la supremacía constitucional mediante el ejercicio de su jurisdicción, función que ejercen en forma privativa y que constituye el pilar esencial en el que se sostiene el Estado de derecho, al que todos aspiramos. Esto en relación a sus potestades.

Por estar directamente vinculado al tema que nos convoca, deseo en esta oportunidad invocar una cita de una sentencia del juez norteamericano Potter Stewart, que nos presenta el expresidente de la Corte Suprema de Israel, Aarón Barak, en su maravilloso libro *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, cuyo contenido refleja en toda su intensidad lo que significa el ejercicio de la potestad jurisdiccional y en que se traduce como elemento insustituible en el ámbito de una supremacía constitucional verdadera, sólida y eficaz.

Se trata de un caso sobre libertad de prensa sometido a proceso constitucional, en el que el juez razona manifestando: la Constitución de los Estados Unidos no es un documento de ejecución automática, y dice: “¿De dónde señoras y señores creen ustedes que estos grandes derechos constitucionales que ustedes tan vehemente invocaban, y de los que tan manifestamente se congratulaban ayer, de dónde creen que provienen! La cigüeña no los trajo. Afirma provienen de los jueces de este país, de esos malos que se sientan aquí en la mesa. De ahí proceden. Vinieron por que los tribunales de este país vieron que otro poder del Estado estaba intentando avasallar a la prensa o incluso eliminarla y los tribunales la hemos protegido porque entendemos que eso es lo que proporciona y protege la constitución”.

La supremacía constitucional está protegida por el ejercicio de las potestades jurisdiccionales que realizan los tribunales de justicia, y para que sea eficaz los magistrados,

nuestros jueces deben cumplir su misión haciendo pleno uso de sus atribuciones, para lo cual contamos en Chile con un adecuado sistema de “justicia constitucional” concentrado y compartido.

La jurisdicción o función jurisdiccional es una sola que tiene los límites que le señala la Carta Fundamental. Es por tal motivo que debió ampliarse su ámbito tradicional para incluir en ella la facultad de decidir conflictos constitucionales que le entregara a la Corte Suprema y al Tribunal Constitucional.

Tradicionalmente la jurisdicción comprendía la facultad de resolver las causas civiles y criminales y excluía la posibilidad de hacerlo con los conflictos constitucionales. Hoy extiende su ámbito por mandato constitucional para incluir en su cobertura su solución.

En este contexto podemos precisar que nuestro sistema es concentrado porque la competencia que tienen los tribunales para decidir conflictos constitucionales reside exclusiva y privativamente en aquellos a los que la propia Constitución y sus leyes complementarias le otorgan competencia para dirimirlos. La reforma constitucional del año 2005 ratifica y confirma que en nuestro país no existe la alternativa del control difuso de constitucionalidad de las leyes, al disponer en su texto que si los jueces que deben aplicar la ley estiman que al hacerlo se generaría un efecto contrario a la Constitución, que la viciaría de inconstitucionalidad, tienen ahora acción para provocar la apertura de un proceso ante el Tribunal Constitucional, el que deberá pronunciarse sobre la posible inaplicabilidad de la norma legal invocada como decisoria litis en cualquier proceso pendiente, y en tal caso el juez la inaplicará.

En efecto, al otorgar legitimidad para obrar ante el Tribunal Constitucional a todos los jueces, confirma que nuestro sistema de control de constitucionalidad está concentrado en los tribunales previstos por la Constitución, como se dirá.

También resulta necesario precisar que para determinar si la competencia que tiene un tribunal es constitucional o legal hay que estarse únicamente a saber cuál es el conflicto y cuál es la norma decisoria litis aplicable a su solución. Cuando el tribunal para decidir aplica directamente la preceptiva constitucional, está ejerciendo jurisdicción constitucional. Por el contrario, cuando aplica la ley como norma decisoria litis, actúa en uso de la competencia legal.

Igualmente, debe destacarse que la denominada jurisdicción constitucional, que de acuerdo a la doctrina procesal debe calificarse como competencia constitucional, es compartida ya que la tienen varios tribunales del sistema, para conocer y decidir conflictos constitucionales.

Así, el Tribunal Constitucional tiene competencia para conocer de los asuntos a que se refiere el artículo 93 constitucional, de los cuales por ahora destacaremos sólo los controles de constitucionalidad a priori y a posteriori de las leyes, denominados también abstracto y concreto, o preventivo y represivo, especialmente en cuanto se refieren a la facultad de inaplicar y/o de derogar las leyes o evitar que los proyectos de ley lleguen a transformarse en ley.

A su turno, la Constitución entrega la protección jurisdiccional de las garantías constitucionales consagradas fundamentalmente por el artículo 19 constitucional a los

tribunales superiores de justicia y no al Tribunal Constitucional, como ocurre en otros países. En efecto, le corresponde conocerlos de acuerdo al artículo 20 del mismo texto a las cortes de apelaciones en primera instancia y a la Corte Suprema en segunda instancia, conociendo de la acción de protección que constituye un clásico amparo constitucional.

La Corte Suprema además tiene competencia constitucional para decidir sobre la privación administrativa de la nacionalidad chilena de acuerdo al artículo 12 y la de declarar que un imputado ha sido sometido a proceso o condenado en forma injustificadamente errónea o arbitraria, lo que generará la obligación del Estado de cubrir los perjuicios patrimoniales y morales que le provocare. Es la legítima reacción del constituyente enfrentado a un proceso penal injusto.

También nuestra Carta Fundamental contiene un capítulo que se refiere a la justicia electoral, en el cual establece dos clases de tribunales para dirimir conflictos en estas materias: el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales. El primero es sin duda un tribunal constitucional, los regionales están al límite en cuanto a calificar la clase de competencia que se les asigna. Recordemos que muchas constituciones, encabezadas por la francesa, otorgan a sus tribunales constitucionales la decisión de los conflictos surgidos a propósito de las elecciones y en definitiva decidir quién será el presidente o parlamentario electo.

Igualmente, en este ámbito el Senado al conocer de las acusaciones constitucionales que la Cámara de Diputados entable y resolverlas como jurado, y al declarar si el acusado es culpable o inocente del delito, infracción o uso del poder que se le imputa, está decidiendo un típico conflicto constitucional. Lo mismo sucede cuando conoce de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas administrativas y los tribunales superiores de justicias, cuando declara la inhabilidad del presidente de la República y en el caso previsto en el artículo 93 n.º 10 cuando el afectado es el presidente de la República. Todo ello demuestra que el ejercicio de la competencia constitucional es compartido y que todo tribunal que tiene competencia constitucional es un tribunal constitucional.

Respondiendo al tema de la convocatoria, la conclusión es que las potestades de ambos grupos de tribunales se potencian y no compiten, puesto que ambas deben lograr el objetivo final, cual es la protección jurisdiccional de la Constitución lo que se traducirá en que los poderes públicos deben y deberán actuar estrictamente de acuerdo a lo previsto por los artículos 6º y 7º constitucionales y que el sistema judicial debe dar eficacia y ser el principal garante de la tutela judicial efectiva de los derechos constitucionales de las personas.

## 2. Un poco de historia

Precisado lo anterior y para comprender la trascendencia y profundidad de los temas que estamos analizando, considero oportuno y necesario hacer algunas reflexiones históricas acerca del origen y funcionamiento de las potestades de los tribunales constitucionales,

comenzando por recordar que la democracia consagrada en los textos constitucionales y protegida por la jurisdicción constitucional sólo se logra en Europa y en nuestra América Latina, con lagunas, después de la Segunda Guerra Mundial.

Como antecedente relevante debemos siempre recordar que fue Hans Kelsen, a quien tuve el honor de conocer en California, quien en Austria planteó la necesidad de incorporar a la Constitución un tribunal autónomo, ajeno al sistema judicial tradicional, para decidir los conflictos entre poderes públicos y evitar que se continuaran autotutelando.

Volvamos atrás: en este entorno debemos precisar que a partir de la revolución francesa se producen fenómenos importantes en las bases de los sistemas jurídicos, que tendrán relevancia en la futura protección de la supremacía constitucional por parte de los operadores de la denominada justicia constitucional, la que debe asumir la solución de los nuevos conflictos generados por la globalización del derecho público, en cuanto sus decisiones se vinculan con las funciones de los Estados y las garantías de las personas, elementos fundantes del establecimiento de los tribunales con competencia constitucional, destinados precisamente a garantizar el cumplimiento efectivo de la preceptiva de la Carta Fundamental. En efecto:

1. Se consagra desde las primeras constituciones y hasta ahora, el principio de la soberanía nacional, cuyo ejercicio paulatinamente se entrega a poderes públicos separados e independientes y se precisan las garantías constitucionales.
2. Se establece un sistema judicial organizado jerárquicamente, destinado a dar eficacia real al cumplimiento de la ley, que se plantea como la máxima expresión de la voluntad soberana, concepción recogida en nuestro derecho por el artículo 1º del Código Civil, vigente a la fecha, que expresa: “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”.
3. En el ámbito de la aplicación de la Constitución norteamericana, por vía jurisdiccional, en el año 1803 se elabora dogmática y sistematizadamente el principio de “supremacía constitucional” y a partir del fallo *Marbury vs. Madison*, la Corte Suprema asume en plenitud la función de proteger la Constitución enfrentada a normas de inferior rango que la vulneren. Dentro de toda la literatura jurídica derivada de esa histórica sentencia, cabe destacar una interesante ponencia de Gerardo Eto Cruz, publicada en México en el *Tratado de Derecho procesal constitucional*, coordinado por el profesor Eduardo Ferrer Mac Gregor. Allí, esencialmente refiriéndose al tema que nos ocupa, se señala que este fallo constata el principio básico de que una Constitución viva es el fundamento esencial para una nación fuerte y que el Tribunal es el que debe elaborar la doctrina constitucional. Siguiendo a Carlos Nino, indica Eto Cruz que el pensamiento del *chief justice* Marshall se puede resumir en lo siguiente:
  - a. El deber del Poder Judicial es aplicar la ley.

- b. Cuando hay dos leyes contradictorias, no hay más remedio que aplicar una, desechando otra.
  - c. La Constitución es la ley suprema y define qué otras normas son leyes.
  - d. La supremacía de la Constitución implica que cuando entra en conflicto con una norma dictada por el Congreso, esta segunda deja de ser una ley válida.
  - e. La negación de la premisa anterior supondría que el Congreso puede modificar la Constitución dictando una ley ordinaria, por lo que la Constitución no sería operativa para limitar el Congreso.
  - f. El Congreso está limitado por la Constitución.
  - g. Si una norma no es una ley válida carece de fuerza obligatoria.
- Concluye, finalmente, que una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el Poder Judicial. De esta forma, si se reconoce la primacía de la Constitución, se sigue necesariamente con la implantación del control judicial de constitucionalidad de las leyes, en virtud de cual los jueces no deben aplicar en ningún proceso jurisdiccional las normas contrarias a la Constitución. A partir de entonces, por primera vez, la ley queda sometida a control de constitucionalidad.
4. Europa y Latinoamérica siguen la tendencia opuesta, marcada por Francia, en orden a que el principio de separación de poderes impide al juez eludir su absoluta sumisión a la ley y, por otra parte, la misma normativa, como expresión de la voluntad soberana, tiene un rol supremo y absoluto dentro del sistema de disposiciones, lo que excluye la noción de su control de constitucionalidad por parte de los jueces.

El proceso histórico que deviene en la Segunda Guerra Mundial y la crisis del sistema democrático llevó a que las tendencias políticas dominantes fueran, por una parte, la influencia del nacionalsocialismo alemán, y por la otra, la versión soviética del marxismo, en las cuales el constitucionalismo y la protección de los derechos mínimos del ser humano no tienen cabida. En este período, la autotutela se presenta dramáticamente como la forma natural de solución de los conflictos jurídico-políticos.

Terminada la Segunda Guerra Mundial y con las naciones enfrentadas a la necesidad de su reconstrucción jurídica, moral y física, para solucionar la primera resurge con vigor el movimiento constitucional, que en la mayor parte de los países de Europa se ve reflejado en sus nuevas constituciones, como es el caso de Italia y posteriormente Alemania, Austria, Bélgica, Francia y, a fines del siglo, España y Portugal. Estas constituciones de posguerra, a diferencia de las anteriores, crean, siguiendo el modelo kelseniano, un sistema jurisdiccional, de protección de sus normas, principios y valores, entregando su custodia a tribunales constitucionales, cuyas competencias y régimen de integración emanan directamente del constituyente originario.

Actualmente una Constitución para que se transforme en norma vinculante, debe contener los mecanismos idóneos y eficaces que la protejan para poder ser aplicada di-

rectamente como decisoria litis en la solución de los conflictos sometidos a su imperio en caso de ser violentada.

Como sentenció el juez Marshall, la Constitución es “la ley suprema y soberana de la Nación” y un acto incompatible con su normativa es nulo, decisión sobre la cual los expertos concluyen que Europa ha vuelto a descubrir la Constitución como una ley suprema, que coloca algunos valores fundamentales de la sociedad fuera del alcance de mayorías parlamentarias ocasionales. De allí que haya sido “rejuridificada”, en el sentido de que se la considera ahora como una ley fundamental directamente ejecutable por los jueces y aplicable a los individuos. Es aquí donde emerge la concepción de la vinculación directa entre la Constitución y sus mecanismos jurisdiccionales de protección.

Hoy la Constitución es una norma efectiva que prevalece por sobre las de rango inferior, al ordenar el funcionamiento del Estado y amparando efectivamente las garantías personales, en tanto es de aplicación inmediata y decisoria litis, en la solución de conflictos que se generen dentro del ordenamiento institucional, ahora aplicable directamente por los jueces.

Los tribunales que ejercen jurisdicción en asuntos constitucionales, como ya antes se dijera, están precisamente destinados a proteger jurisdiccionalmente la estructura del régimen democrático y deben velar porque los órganos públicos limiten el ejercicio de su poder en las áreas de su competencia, y por otra parte, dar eficacia y aplicación a los derechos fundamentales.

Reiteramos que la institucionalización de la jurisdicción constitucional busca recuperar y restablecer el imperio de los valores y principios arrasados por el totalitarismo y la tragedia de las guerras, en términos que hoy un régimen democrático no es concebible sin una Constitución normativa que lo ampare, y esta no es tal sin un tribunal que la resguarde, pues carecería de eficacia al no existir órganos que resuelvan sus conflictos por medio de un debido proceso.

¿Cuál fue la situación de Chile a partir de la Constitución de 1833? Sus comentaristas, como Huneeus, Lastarria, Carrasco y Roldán, concluían que los tribunales no podían dejar de aplicar la ley. Como curiosidad podemos recordar un oficio emanado de la Corte Suprema en que dicho máximo tribunal de la República, con fecha 27 de junio de 1848, afirmaba que “ninguna magistratura goza de prerrogativas de declarar la inconstitucionalidad de leyes promulgadas después del Código Fundamental i de quitarles por este medio sus efectos i su fuerza obligatoria. Este poder, que por su naturaleza sería superior al del Legislador mismo, puesto que alcanza a anular sus resoluciones, no existe en Magistratura alguna, según nuestro sistema constitucional. El juicio supremo del Lejislador, de que la ley que dicta no es opuesta a la Constitución, disipa toda duda en el particular i no permite retardos o demoras en el cumplimiento de sus disposiciones”.

Como recuerda el profesor Enrique Navarro en su libro, de reciente publicación, *El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)*, “en el mismo sentido, en nota dirigida por el Ministro de Justicia a la Corte Suprema, se señala que la misión que le correspondería, tal como a los demás tribunales ‘está reducida a la recta aplicación de las leyes a los casos particulares que ocurren en las causas sometidas a sus fallos, sin que

sea lícito evadir su cumplimiento, ya porque sean justas o injustas, ya por ser conformes o contrarias a la Constitución”. Voces aisladas como las de Manuel Egidio Ballesteros y el presidente Balmaceda planteaban la necesidad de contar con un tribunal constitucional.

Fue nuestro gran presidente Arturo Alessandri Palma quien propuso incorporar al texto de la Constitución de 1925 la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, entregando su competencia a la Corte Suprema, nuestro máximo tribunal de justicia, con lo cual se inicia el uso de la potestad jurisdiccional para dar eficacia a la supremacía constitucional.

Por lo tanto, la histórica situación de sumisión de los tribunales a la ley cambia sustancialmente, como se dijo, con la elaboración de la nueva Constitución, la que en su génesis planteó firmemente la conveniencia de establecer en la nueva Carta algún sistema de control de poderes que determinara si las leyes que se dictaban por el Congreso se ajustaban o no a la preceptiva constitucional.

En este contexto, con la dictación de esta Constitución se estableció, por primera vez en el ordenamiento jurídico chileno, la posibilidad de que la constitucionalidad de la ley generada en nombre del pueblo por el Congreso Nacional fuera controlada por un órgano jurisdiccional. Su artículo 86 incorporó al sistema el denominado recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, un hito en el derecho público chileno, que otorga competencia de control jurisdiccional de normas a la Corte Suprema, para resolver si las leyes vigentes son o no compatibles con la Carta Fundamental. Dicho llamado “recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, procesalmente una acción, se caracterizó por lo siguiente:

- a) La Corte Suprema, interpretando el texto constitucional, renuncia a la declaración de inconstitucionalidad por motivos de forma, con lo cual claudica a una importante área de la facultad de control que le entregó la Constitución de 1925;
- b) Indicará, correctamente, que su jurisdicción al declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad es negativa, lo que se traduce en que no puede sentenciar cuál es la ley que debe aplicar el tribunal competente para resolver el litigio, sino sólo decidir que la cuestionada ley no puede aplicarse en el caso sublite, si es afirmativa;
- c) La Corte Suprema, según consta en estudios elaborados por profesores especializados en el tema, no priorizó el ejercicio de esta atribución por sobre su competencia común. En otros términos, mantuvo la línea como controladora superior y final de la legalidad, pero no se mostró como un efectivo tribunal constitucional.

Luego de una jurisprudencia vacilante, decidió acertadamente que el control comprendía todas las leyes vigentes y no sólo las dictadas con posterioridad a la Constitución de 1925.

Cabe precisar que la inaplicabilidad constituía una acción constitucional de control represivo o a posteriori de constitucionalidad de la ley, pues se verificaba respecto de preceptos legales vigentes que se invocaran como fundamento de derecho para resol-

ver casos concretos de los que conociera directamente la Corte Suprema o se siguieren ante otros tribunales. Procedía respecto de preceptos con rango de ley y tenía efectos limitados, en la medida que la sentencia pronunciada por la Corte Suprema sólo estaba destinada a producirlos en la gestión de que se trataba y sólo respecto de las partes involucradas en ésta.

Para comprender la labor de los tribunales constitucionales, debe precisarse que a partir de la revolución francesa, se producen fenómenos importantes en las bases de los sistemas jurídicos, que tendrán relevancia en la futura organización de la denominada justicia constitucional y que posteriormente culminarán en el establecimiento de los tribunales constitucionales, destinados hoy a garantizar el cumplimiento efectivo de la preceptiva de la Carta Fundamental y su supremacía.

Reiteramos que la institucionalización de la jurisdicción constitucional busca recuperar y restablecer el imperio de los valores y principios arrasados por el totalitarismo y la tragedia de la guerra, en términos que hoy un régimen democrático no es concebible sin una Constitución normativa que lo ampare, y ésta no es tal sin un tribunal que la resguarde, pues carecería de eficacia al no existir órganos que resuelvan conflictos relacionados con ella.

### **3. El Estado de derecho custodiado por las potestades jurisdiccionales de los tribunales superiores de justicia y del tribunal constitucional**

En nuestro país el Estado de derecho se basa en la existencia de una Constitución Política, un sistema normativo que la complementa y una jurisdicción que proteja sus disposiciones, valores y principios. Hoy existe una clara trilogía en que se entrelazan los conceptos de Constitución, jurisdicción constitucional y el debido proceso constitucional. En efecto, las constituciones políticas modernas en sus textos consagran las bases del sistema jurídico normativo, al que, para ser eficiente, debe incorporarse un mecanismo jurisdiccional de protección de sus disposiciones en caso de quebrantamiento.

En este contexto, la jurisdicción y su expresión máxima la sentencia, desempeñan un papel trascendental al resguardar, a través del debido proceso, el Estado de derecho y la supremacía constitucional, previstas por la Carta Básica para regir los destinos del país y de sus habitantes y protegerlos ante cualquier tipo de quebrantamiento normativo o abuso de poder.

Es por ello que el profesor Louis Favoreu, en su trabajo sobre *Justicia y jueces constitucionales*, afirma que el desarrollo de la justicia constitucional es ciertamente el acontecimiento más destacado del derecho público del siglo xx en el Viejo Mundo y quizás en el mundo entero, y concluye que hoy no se concibe un sistema constitucional que no reserve un lugar a esta institución. Esto explica que en Europa todas las nuevas Constituciones hayan previsto, además de una corte suprema o de un tribunal de casación, la existencia de un tribunal constitucional, al igual como lo han hecho algunos países

latinoamericanos, o se han creado salas constitucionales en las cortes supremas. Esto es algo común a todo ordenamiento civilizado.

La Constitución así definitivamente hoy se plantea como una norma *decisoria litis*, de aplicación directa por el juez en la sentencia, en la solución de todo conflicto constitucional. Puede decirse que hoy presenciamos una nueva legitimidad, la legitimidad constitucional. Es por ello que necesariamente para desarrollar el tema que se me asigna debo referirme antes al proceso y a la sentencia que sustentan el principio de la supremacía constitucional.

En este entorno, el debido proceso se perfila como la culminación de la protección jurisdiccional de la Constitución, toda vez que si consideramos solamente la jurisdicción constitucional en abstracto y no al instrumento destinado a hacerla efectiva en el caso concreto, estaríamos frente a un sistema imposible, incompleto e inoperante de justicia constitucional.

Postulo que jurisdicción, proceso y sentencia son conceptos indisolublemente unidos, no pueden subsistir el uno sin el otro, y son los que sustentan al pleno ejercicio de la potestad jurisdiccional protectora y guardián de la supremacía constitucional.

La jurisdicción sin proceso es inviable y el proceso sin jurisdicción no es un proceso jurisdiccional y, por lo tanto, lo inhibe para decidir por medio de la sentencia un conflicto de intereses de relevancia constitucional con efecto de cosa juzgada. Puede decirse que en la jurisdicción constitucional la hipótesis está en la Constitución, la tesis en el proceso y la conclusión en la sentencia.

En este contexto, resulta curioso observar que la abundante doctrina escrita sobre justicia constitucional en las últimas décadas, se ha centrado en el análisis y estudio de sus bases orgánicas, destacándose entre ellas la jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales, temas desarrollados extensamente en todos los textos especializados. En cambio, es muy escaso el apoyo científico-jurídico que podemos encontrar para el análisis del proceso constitucional y de su modo natural de solución, la sentencia, y menos aún de los principios informadores que deben concurrir para que reúna las exigencias que le permitan su calificación como “debido, justo y oportuno”, presupuestos inherentes a una sentencia satisfactoria. Recordemos que Calamandrei muy bien ha dicho que todas las declaraciones constitucionales son fútiles si no existen medios jurídico-procesales que aseguren su eficacia real.

Hoy podemos afirmar que el ámbito de la jurisdicción se extiende para proteger la supremacía constitucional y al Estado de derecho a través de las sentencias constitucionales.

El mundo ha presenciado las discrepancias entre los poderes públicos y la necesidad de resolverlas por medios racionales y pacíficos. Esta confrontación entre la necesidad de instaurar un control jurisdiccional de la Constitución y conservar en su esencia el principio de separación de poderes, fue precisamente lo que motivó, como lo recordara, a partir de Kelsen, la creación de tribunales constitucionales con la atribución jurisdiccional específica de velar por la constitucionalidad de las leyes, la que no podría atribuirse al orden judicial tradicional, cuya misión, precisamente, es la de aplicar la ley, sin que le fuere lícito cuestionarla. De este enunciado surge la diferencia esencial entre

la jurisdicción común y la constitucional. La primera al dictar sentencia aplica la ley y la segunda la Constitución.

Debo destacar que en la actualidad, las constituciones consagran y garantizan por la vía jurisdiccional, el principio de la supremacía constitucional. Esta nueva perspectiva ha derivado y dado origen a la creación del derecho procesal constitucional que considera este principio como valor esencial en su establecimiento y que integra como un capítulo especial a las resoluciones jurisdiccionales.

Siendo así, al analizarlo debe incluirse, necesariamente, tanto la protección de las disposiciones escritas en la Constitución, como también y, especialmente, los valores y principios fundamentales que están en la base de la misma, los que por la vía de la decisión jurisdiccional deben cobrar plena vigencia. Son los que consagra nuestra Constitución en el capítulo I, el que denomina “Bases de la institucionalidad”.

A propósito del tema, recuerdo a Mauro Cappelletti en cuanto expresa que la Constitución no debe ser concebida como una simple pauta de carácter político, moral o filosófico, sino como una ley verdadera positiva y obligante con carácter supremo y más permanente que la legislación positiva ordinaria, y que García de Enterría concluye que hoy las constituciones son normas jurídicas efectivas, que prevalecen en el proceso político, en la vida social y económica del país y que sustentan la validez a todo el orden jurídico.

También debe destacarse que el control de constitucionalidad implica la configuración de un mecanismo de defensa jurisdiccional de un orden constitucional concreto articulado en una Constitución, y que se caracteriza por ser asumido por sujetos ajenos al proceso de producción normativa y por recaer, salvo excepciones, sobre normas perfectas y plenamente vigentes. Se articula formalmente como la garantía de la primacía de la Constitución sobre las demás normas del ordenamiento jurídico positivo.

También la experiencia interna es válida para todos, en cuanto las normas que articulan la jurisdicción constitucional deben interpretarse de manera que potencien al máximo su defensa y cumplimiento. En este orden de ideas, la jurisdicción constitucional tiene un significado esencial para el perfeccionamiento y la vigencia del Estado constitucional de derecho, la división y equilibrio de las ramas del poder público, la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, la división vertical del poder del Estado y el respeto de los derechos fundamentales.

Debe tenerse en cuenta, además, que esta ampliación de la jurisdicción permite a los tribunales constitucionales desempeñar una función esencial de adaptación de la Constitución y de los textos que la complementan a la realidad nacional, en los casos en que su rigidez provoque problemas en su aplicación de sus normas o una alteración de las garantías en su esencia.

También es un vaso comunicante el que se refiere a los límites funcionales de la jurisdicción constitucional, ya que aunque el Tribunal Constitucional, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución, determina de modo vinculante el sentido de los preceptos constitucionales, a él también le corresponde delimitar sus propias funciones, acotando su jurisdicción del ámbito de actuación perteneciente a los tradicionales poderes del Estado.

Como afirmara Tomás y Valiente, dentro del sistema que es la Constitución, “Nadie puede decirle al Tribunal cuáles son sus límites, lo cual no significa que no los tenga, sino que éstos son los que la Constitución dice que son, en unos términos cuyo sentido establece el propio Tribunal como intérprete supremo”. Como aplicación de este principio podemos destacar lo siguiente:

- a) Que la sentencia de un tribunal que usa su competencia constitucional, al decidir, debe hacerlo en estricta congruencia con el mérito del proceso, o sea, en el ámbito de su competencia específica, y
- b) Que la sentencia no puede pronunciarse sobre el mérito del acto impugnado de inconstitucionalidad.

La suma de estos factores es la que da eficacia al principio que hemos expuesto como mérito del proceso.

#### **4. El debido, justo y oportuno proceso jurisdiccional es el instrumento procesal que establece la Carta Fundamental para el ejercicio pleno de las potestades que entrega a los tribunales de justicia**

En armonía con lo expresado, toda Constitución Política debe contemplar al debido proceso como la forma natural y racional de solución jurisdiccional de los conflictos que se produzcan por el ejercicio de las funciones públicas o por hechos o actos que provoquen el quebrantamiento de los derechos esenciales de las personas.

También debemos destacar que en los últimos años ha surgido con fuerza una nueva visión o dimensión del concepto de debido proceso jurisdiccional, atribuyéndole nuevas exigencias, las que de cumplirse, permitirían calificarlo, además, como justo, posición que ha sido extensamente desarrollada por la doctrina especializada. La sentencia es el acto procesal que incorporará al proceso los elementos que la sustentan.

En España, la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional, en el ámbito de la tutela judicial efectiva de los derechos, consagrada por el artículo 24 de la Constitución, ha declarado en sentencias recientes y reiteradas que entre las garantías que comprende está la del “derecho a un juicio justo”, señalándose en ellas los elementos que deben concurrir para que pueda denominarse como proceso justo.

Esta nueva faceta lo exhorta a ser justo, lo que impone un evidente compromiso del Constituyente, del legislador y especialmente de los jueces a incorporarle estímulos que se traduzcan en un plus de valores filosóficos, subjetivos y mutables, los que unidos a las exigencias y principios que se le exigen para ser debido, generará como resultado final, el concepto de debido y justo proceso constitucional, a que aspiramos.

A nuestro juicio, sumar estos valores al proceso nos permite avanzar en el diseño de un medio de solución de conflictos que responda a las nuevas exigencias constitucionales.

En este sentido, el proceso constitucional lleva implícito en su desarrollo la aplicación de estos valores que se encauzan a través de las facultades de interpretación y adaptación que tienen los jueces constitucionales.

Si el proceso no es debido, estaremos frente a un proceso viciado, que podrá invalidarse por la vía de la nulidad procesal. En cambio, si es injusto su corrección dependerá de si existen o no recursos para remediar el agravio que tal situación produjo. Esto último resulta especialmente importante de tener en cuenta en los procesos constitucionales que, por regla general y por su naturaleza, no son susceptibles de recurso alguno ni de control disciplinario.

Nuestra meta, por cuyo logro luchamos y lucharemos, es que el proceso constitucional reúna ambos atributos y, como su natural consecuencia, se haga merecedor a ser finalmente calificado como debido y justo, para que sus sentencias sean respetadas en su forma y fondo. Ellos son los que le permitirán cumplir con el objetivo superior de proporcionar eficacia al anhelado principio de la supremacía constitucional, hoy universalmente aceptado como factor informador, no sólo del proceso, sino de todo el ordenamiento político.

A propósito de esta nueva dimensión del proceso concordamos plenamente con lo expresado por el profesor de la Universidad de Roma Elio Fazzalari, quien en su clásica obra *Processo e Giuridizione* manifiesta que debe lograrse la construcción dogmática e ideológica del proceso justo constitucional.

Todo proceso tiene que ser debido y, en la medida de lo posible, dependiendo de factores subjetivos y de la actuación del juez, reiteramos que, además debe llegar a ser justo.

En el proceso constitucional se enfatizan y combinan estos valores lo que conduce a incentivar y agudizar el poder creador de los jueces al aplicar directamente la Constitución a la solución de casos concretos.

Desde otro punto de vista, para diferenciar aún más estos conceptos, podemos señalar que la regulación del debido proceso es permanente y aplicable a toda situación en que un tribunal deba decidir un conflicto en ejercicio de su competencia jurisdiccional. En cambio, los principios que inspiran la formulación del proceso justo, entendido como ya se dijo, deben examinarse uno a uno y cobran especial relevancia tratándose de materias constitucionales.

Hecho este alcance, debo destacar que actualmente el debido proceso, sin lugar a dudas, constituye uno de los capítulos más relevantes de las potestades de los tribunales superiores de la nación, toda vez que se ha consolidado como el medio que la propia Constitución establece para la solución de los conflictos entregados a la competencia jurisdiccional. La jurisdicción sin proceso es sólo un ideal de justicia, una ilusión.

Estas materias se encuentran plenamente desarrolladas en mi libro *El debido proceso constitucional*, publicado por la editorial Porrúa en México en su colección de derecho procesal constitucional dirigida por Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

## 5. Los depositarios de las potestades jurisdiccionales en la perspectiva del mandato de supremacía constitucional

Para proporcionar antecedentes sobre este importante aspecto debemos afirmar que las potestades le corresponden a los tribunales de justicia y a los jueces que actúan en su representación, y quienes son los que en la realidad la ejercen, y que deben considerarse separadamente.

En primer lugar, debemos destacar, como lo precisa el artículo 76 constitucional, que la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley, y ni el presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o el contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.

Esta norma debe complementarse con los demás preceptos constitucionales que otorgan competencia a los tribunales constitucionales que comparten, como ya se dijo, el ejercicio de la jurisdicción constitucional.

Para que se tenga un correcto resultado de la potestad jurisdiccional lo primero que debe hacerse es determinar la clase de tribunales que deben integrarse al sistema orgánico para dar solución a los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se produzcan en el país.

Nuestra legislación se organiza con base en un sistema que le otorga competencia a los tribunales constitucionales, ordinarios, especiales, contencioso-administrativos, económicos y arbitrales. En cada una de estas categorías debe considerarse la naturaleza de los conflictos y los procedimientos que deberán aplicar los tribunales para su solución a través del proceso.

En Chile se han generado un conjunto de nuevos tribunales, como el de libre competencia, tribunales de familia y jueces de garantía y orales para los conflictos penales. Una correcta organización de su competencia implica necesariamente que todos los tribunales del país deben estar sometidos al control de un tribunal superior cuando tengan competencias comunes, como ocurre con los tribunales ordinarios y especiales. Si existe un solo tribunal, como es el caso del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, deben autorregularse.

Ya quedó demostrado que la naturaleza de los conflictos y su cantidad requieren una gran cantidad de tribunales lo que ha originado la aplicación de los conceptos de competencia absoluta y relativa. La primera para determinar la clase y jerarquía de tribunales que debe conocer y la segunda para dividir su competencia en el caso de que existan dos o más en el territorio de la República, como ocurre con las cortes de apelaciones, tribunales civiles, penales, laborales, de familia, policía local, entre otros.

Los principios procesales ya ampliamente establecidos por la doctrina requieren que para el ejercicio de las potestades que estamos analizando exista una correcta distribución de la jurisdicción entre todos los tribunales existentes en el territorio nacional. Para hablar

de competencia debemos también precisar y con mucha claridad que el juez debe ser él competente y tener una formación que le otorgue plena competencia para el ejercicio de su ministerio. Debe destacarse que la persona que ejerza dicho cargo en un tribunal debe reunir una serie de calidades objetivas y subjetivas como única manera de contar con personas idóneas para desempeñar la alta misión de resolver los conflictos que alteran las relaciones normales entre los representantes del Estado y del propio Estado con los habitantes y entre estos.

Hoy gran parte de la doctrina que estudia los temas procesales coincide en la necesidad de buscar a estos jueces competentes exigiéndoles en la mayor parte de los casos requisitos objetivos como tener título de abogado, haber aprobado cursos en academias judiciales y contar con algunos años en el ejercicio de la profesión. En este ámbito hay jueces que deben recorrer una carrera judicial y otros que por su naturaleza y por ser únicos deben buscar sistemas especiales para su búsqueda y asignación. Es el caso del Corte Suprema y del Tribunal Constitucional. En toda esta línea le corresponde una responsabilidad muy especial al sistema legislativo que deberá dar respaldo al texto, principio y valores que la Constitución establece para la denominada comúnmente administración de justicia.

## **6. La sentencia como forma de ejercer en plenitud las potestades jurisdiccionales**

En esta parte de mi exposición deseo expresar que la sentencia representa la culminación de toda la organización judicial establecida para obtener la solución de los conflictos constitucionales por medio del proceso jurisdiccional. Pero, ¡cuidado!, no se trata de una sentencia cualquiera, sino que se requiere contar con una resolución que se aproxime lo más posible al ideal de lograr una justa decisión de la litis, lo que tiene especial trascendencia tratándose de las sentencias constitucionales, por las materias que deciden y los efectos generalmente universales que producen y por la jurisprudencia que surge de sus consideraciones.

La sentencia nació como la decisión del *paterfamilias* para luego transformarse en un acto cercano a la divinidad en el que los jueces son considerados los instrumentos para darle eficacia terrenal. La ordalía, los combates, la Inquisición, la decisión del rey, representante de Dios, nos muestran esta faceta de las resoluciones del conflicto. En paralelo, los romanos a través de sus pretores comenzarían a perfilar el concepto del tribunal independiente. Hoy la sentencia es un acto en que el juez o los jueces que integran el tribunal manifiestan su voluntad en torno a la materia que deben decidir. Como tal, es un acto jurídico privativo e inherente al ejercicio de la función jurisdiccional del tribunal. Constituye la forma normal y habitual que tiene de manifestar su voluntad en el proceso.

Bajo el nombre de resoluciones judiciales se comprenden verdaderamente cosas que son muy distintas entre sí y que van desde lo que Chiovenda denomina resolución principal, hasta las simples providencias.

Conceptualmente, sentencia es el pronunciamiento sobre la demanda de fondo, o más precisamente, la resolución del juez que afirma existente o inexistente la voluntad concreta de la norma deducida en juicio. Desde su concepto romano, la sentencia es el acto final del proceso que contiene la absolución o la condena. Esta sentencia es conceptualmente distinta de los pronunciamientos necesarios en el curso del proceso que dio origen a las *sententiae interlocutoriae* y a las providencias.

En este siglo las resoluciones judiciales son, en síntesis, los actos jurisdiccionales que le permiten a nuestro juez conocer, resolver y hacer cumplir lo juzgado, o sea, recorren los momentos de la jurisdicción.

Pese a que las resoluciones judiciales, y en especial la sentencia definitiva, pueden ser analizadas desde diversos ángulos, a saber: como acto procesal, en su manifestación material instrumental o como una manifestación exclusiva de la función jurisdiccional, es posible intentar definir las para los efectos de este trabajo, en los siguientes términos: “resoluciones judiciales son actos procesales emanados del tribunal destinados a ordenar la sustanciación regular del proceso y a resolver las cuestiones incidentales y principal del mismo, en cumplimiento de su poder deber de conocer, juzgar y hacer cumplir lo juzgado”.

En el pensamiento de Aristóteles la sentencia, el juez y la justicia se hallan consustanciados. “Ir al juez, dice, es ir a la justicia; porque él nos representa la justicia viva y personificada”.

Esta idea, afirma Couture, no es un puro pensamiento de filosofía jurídica, sino una interpretación de lo que era la justicia en el sistema del derecho positivo griego. La ley, en el derecho griego, se hallaba dirigida hacia los jueces y no hacia los ciudadanos. La sentencia era un veredicto. Las leyes eran objeto de prueba, como cualquier otro hecho jurídico, e inclinaban la balanza de la justicia a favor de quien podía probar su existencia. El juez de Aristóteles es, pues, un árbitro que de acuerdo a las leyes, dirime el conflicto con espíritu social de pacificación. El relato que de los procesos atenienses se hace en *Las avispas*, de Aristófanes, constituye un documento precioso en este sentido.

El derecho germánico primitivo tenía del proceso un sentido análogo de pacificación social y el juez era, ante todo, el árbitro de esa pacificación. Su decisión no aplicaba el derecho anterior, sino que, ante todo, dirimía el conflicto buscándole una solución de equidad más que de derecho estricto. Durante muchos siglos, tanto en la Edad Media española, como en algunas instituciones modernas, por ejemplo, en la conciliación, esta concepción del derecho va a dar testimonio de ciertas sobrevivencias de la particular concepción de la sentencia en el derecho germánico.

Pero el derecho romano tuvo una concepción enteramente diferente. La fórmula del pretor es, en sí misma, una norma. El magistrado no tiene sino que elegir entre una u otra de las dos soluciones de la fórmula: la de absolución o la de condena. En todo caso, esa norma subordina la decisión al resultado de la prueba. La disputa simbólica de Numerio Negidio y Aulo Agerio se ha de resolver, según se pruebe o no la deuda, en una condena o en una declaración de que tal suma no se debe. La sentencia es así un pronunciamiento sobre la concordancia o no concordancia de los hechos con la fórmula. Como es no-

torio, esta solución fue y continúa siendo, en larga medida, las de los *writs* del derecho inglés.

Cuando la concepción romana del fallo llega al siglo XVIII, este carácter meramente declarativo del mismo ha adquirido ya su importancia máxima. Esa idea habría de adquirir su significación sistemática en la tantas veces evocada idea de Montesquieu que caracteriza al juez como “la boca que pronuncia las palabras de la ley”. Esta noción del magistrado, sin otra voz que aquella de la ley, forma parte de toda una concepción política del derecho que, por diversos conductos, se ha proyectado hasta nuestros días.

Pero en los últimos tiempos, esta concepción meramente declarativa del fallo ha recibido un fuerte ataque. La idea kelseniana que mira a la sentencia como una norma dentro del sistema, creativa de un derecho nuevo por obra del magistrado, se vuelve contra toda la tradición romana. “La función de la llamada jurisdicción, dice Kelsen, es absolutamente constitutiva, es producción jurídica en el sentido propio de la expresión. La sentencia judicial es una norma jurídica individual, la individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta, la continuación del proceso de producción jurídica desde lo general a lo individual”.

Así, la palabra sentencia admite dos significados diferentes. En un primer sentido, alude a pensamiento breve y conciso que contiene una regla general de derecho, como por ejemplo, las famosas sentencias de Paulo y las reglas de Ulpiano. Aquí el significado es más abstracto, encierra una máxima que es verdad para todos y no para un caso determinado, por oposición a opinión que es una verdad singular para el que la profesa, sujeta a discusión. Las llamadas máximas de experticia, procedentes en su mayoría del derecho romano, son principios no recogidos en códigos, de cuya prueba están exoneradas las partes, pero influyen en la orientación del fallo.

Existe otro significado de la palabra sentencia, más concreto, por ser aplicable a un caso determinado; es el más común y al cual generalmente se alude en la terminología procesal: el juicio que forma el juez de una controversia. Como el juez en los dos primeros sistemas es un particular nombrado por las partes, que carece del *imperium* por no ser magistrado, y no puede por sí mismo invocar el auxilio de la fuerza pública para hacer cumplir sus decisiones, su juicio no es sino una opinión, un parecer, un sentir que necesitaba del apoyo de la autoridad del magistrado; y de allí el origen de la palabra.

Como todo acto jurídico, la sentencia final significa una manifestación de voluntad exteriorizada. Ello requiere un proceso intelectual que lo genera, y tratándose de esta clase de sentencia, la ley exige que también se exteriorice. El juez debe formalmente exponer, luego considerar, para llegar finalmente a decidir el conflicto en la parte resolutive del fallo.

Precisado el ámbito de la sentencia, debemos referirnos a los elementos que deben concurrir para lograr una adecuada resolución constitucional.

Para ello se requieren los siguientes presupuestos: normas aplicables a la solución del conflicto, el procedimiento preestablecido, un sistema de tribunales eficiente y de jueces idóneos y un debido justo y oportuno proceso. De todo este conjunto de normas, hechos y valores emerge la decisión jurisdiccional, la sentencia que decidirá el conflicto *sub lite*.

Por la trascendencia que significaba la solución de los grandes conflictos, entre los que hoy indudablemente se incluye a los constitucionales, antes la sentencia la dictaba el propio Dios, como ocurría con las ordalías del derecho germánico; luego sería su representante, el emperador o el rey; posteriormente la Iglesia católica, que con la organización de los tribunales de la Inquisición remarcó su carácter divino, todo lo que se sustituirá solamente a partir de la Revolución Francesa en que, por la nueva estructura normativa, la facultad de juzgar se le entrega a tribunales autónomos, pero con la importante limitación de tener que dar irrestricta aplicación a la ley emanada de los parlamentos.

A partir del siglo xx, en mi opinión, con el establecimiento de la justicia constitucional se produce un cambio trascendental en su organización y atribuciones, donde resurgen los conceptos del debido proceso y del juez como el hombre destacado por el sistema para decidir conflictos de sus semejantes por medio de sus sentencias.

De paso, la justicia constitucional excluye conceptualmente al jurado, ente no letrado, establecido por algunos sistemas como tribunal ideal, símbolo de la justicia democrática. En mi opinión, el juez constitucional debe ser un profesional altamente calificado e imbuido en los principios y valores que debe proteger, requisito que es absolutamente incompatible con la sentencias dictadas por personas ajenas por completo a la especialidad judicial.

Igualmente, deseo reiterar como premisa en esta exposición que proceso y sentencia son conceptos casi inseparables, puesto que esta última representa la culminación del proceso y no puede existir sin él. Digo “casi” porque hay procesos que excepcionalmente pueden terminar con la operación de mecanismos autocompositivos, que se denominan precisamente equivalentes jurisdiccionales porque hacen las veces de sentencia.

Hoy todo país civilizado cuenta con una Constitución Política que regula en esencia la organización de los poderes públicos, establece las garantías o derechos básicos de los habitantes y contiene un sistema de solución de conflictos a través del proceso.

En su primera fase, siguiendo la tradicional concepción de las funciones públicas, existiría un Poder Constituyente, que genera la Constitución Política; un Legislativo, que crea la norma de convivencia; un Poder Ejecutivo, que la reglamenta y ejecuta, y finalmente, un sistema judicial destinado a resolver los conflictos que surjan entre los poderes del Estado, entre éstos y los particulares y entre los particulares entre sí.

Debemos agregar que con la globalización se han creado tribunales transnacionales para resolver los conflictos internacionales, los cuales han tenido cierto éxito en el área privada, pero poco o nada en los grandes conflictos entre Estados, que aún se deciden por la guerra, mecanismo autotutelador y destructivo.

En este contexto debe ubicarse a la sentencia, que constituye la expresión natural del momento jurisdiccional del juzgamiento precedido por el del conocimiento y al que le sigue el del cumplimiento.

Sin duda que hoy estas trascendentales decisiones no sólo preocupan a los litigantes, sino también a los jueces que las dictan por su alta responsabilidad en la aplicación e interpretación de las normas en que las sustentaron, y también en aquellos casos en los cuales causan impacto público en los medios de comunicación y a través de ellos a todos

los habitantes de la nación. Por algo tenemos la sensación de que hoy los grandes temas nacionales se “judicializan”.

En particular la sentencia, por definición, y la común, por su proyección, hoy han salido del ámbito de los tribunales para convertirse en temas nacionales. En esta perspectiva, lo que debemos preguntarnos es ¿qué se necesita para contar con una sentencia constitucional que produzca efectos?, y además, ¿cómo debe ser ésta para que cumpla en esencia con las funciones que de ella se esperan? Es lo que trataremos de analizar más adelante.

El Estado de derecho apoyado en la supremacía de valores, se basa en la existencia de una Constitución Política, un sistema normativo que la complemente y una jurisdicción que la proteja en sus valores y posiciones, debiendo destacarse que la sentencia constitucional debe ser necesariamente fuertemente fundada o motivada.

Existen diversas razones para concluir que, por la naturaleza de la sentencia que se dicta en un proceso constitucional, por los efectos generales que normalmente produce y por la jurisprudencia que surge de sus consideraciones, ella debe ser siempre necesaria y debidamente fundada.

El principio que estamos comentando incluye, a juicio de Ignacio Borrajo e Ignacio Sánchez, el derecho fundamental a que los órganos judiciales motiven sus decisiones, prohibiéndoles, en consecuencia, que resulten manifiestamente irrazonables, arbitrarias o fruto de un error patente, si no lo hacen.

La motivación de la sentencia legitima la función jurisdiccional y debe lograr el convencimiento de los sujetos del proceso y de los ciudadanos en general sobre la corrección y la justicia de la decisión judicial, además de mostrar el esfuerzo del tribunal constitucional para lograr una aplicación de la norma libre de toda arbitrariedad.

El Tribunal Constitucional español, aplicando este principio, ha declarado en relación con esta materia que “No vincula únicamente el fallo o parte dispositiva de la sentencia de conflicto, sino toda la doctrina que se recoge en los fundamentos. Es inevitable, dada la función de supremo intérprete de la Constitución que el Tribunal Constitucional recoge”.

El profesor Fernández González, en apoyo a la incorporación de este principio como elemento del debido proceso, opina que resulta obvio que la sentencia del Tribunal Constitucional deba ser fundada puesto que particularmente su parte considerativa sirve como doctrina privilegiada para los demás operadores jurídicos.

Puede concluirse que la exigibilidad de la sentencia fundada, es un paso más que conduce a la configuración del concepto del proceso justo, integrándose este principio, por esta vía, a los demás que informan el debido proceso constitucional.

Ahora, en este punto corresponde, vinculándolo al proceso, realzar la afirmación de que el derecho al proceso comprende el derecho a obtener una sentencia oportuna y fundada que decida el conflicto sometido a la jurisdicción, todo lo cual se debe a la correcta aplicación, con lo cual se lo eleva al carácter de principio informador.

En definitiva, y esta será una de nuestras conclusiones, es la sentencia la que resume la aplicación efectiva de los principios que hemos venido examinando, ya que nada se

saca con tener un debido proceso incompleto, entendiéndose por tal aquel cuya sentencia carece de explicación o fundamento.

Este principio aplicado al proceso se puede reducir a una frase: sin proceso previo nadie puede ser condenado por una sentencia.

El proceso termina con una sentencia razonada que decide el conflicto conforme a su mérito. Así lo reconoce expresamente nuestra Constitución Política al señalar que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, y lo estará cuando la sentencia le ponga término.

Además, por aplicación del principio que estamos comentando, debemos reiterar que la sentencia debe ser convincente y, para lograrlo, necesariamente fundada. Lo que ya quedó explicado más atrás.

Rafael de Mendizábal, gran magistrado español, bien señala que las decisiones judiciales han de imponerse a todos por convicción, y esto sólo se consigue con una sólida preparación técnica de los jueces expresada en sus sentencias. Es lo que denomina la orientación correcta que exige el interés general contemplado en su conjunto.

La decisión de un proceso constitucional cumple además un rol social de gran trascendencia. En efecto, la sentencia no se limita a decidirlo, sino que por los fundamentos que invoca en su fallo es que el resto de las instituciones, tanto las políticas como las del cuerpo de la sociedad, se ven necesariamente influenciadas y afectadas por aquellas decisiones y sus fundamentos, lo que conduce a la construcción de una nutrida jurisprudencia que sirve esencialmente a la misión de interpretar y adaptar la Constitución.

La publicidad de la jurisprudencia de sus resoluciones judiciales demuestra la importancia del contenido de sus fallos.

Ya al término de esta exposición, debemos referirnos también al principio de certeza y cosa juzgada que surge de la sentencia.

Es de la esencia de todo proceso que los efectos de la sentencia que le pone término se traduzcan en una verdad jurídica indiscutible e inamovible, o sea, que produzca cosa juzgada.

No obstante, los efectos de la cosa juzgada que generan las resoluciones constitucionales son diferentes dependiendo del conflicto sometido a la decisión del Tribunal Constitucional.

Nos enfrentamos a uno de los puntos más controvertidos y problemáticos del control de normas en los modelos de justicia constitucional y, en especial, en torno a la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Como recuerda Luis Agier de Luque en la versión originaria de la Constitución austriaca de 1920, las sentencias de inconstitucionalidad producían la expulsión de la norma del sistema, lo que se conoce como efecto *ex nunc*. Pero agrega que, sin embargo, en los cincuenta años de experiencia de jurisdicción constitucional en los países que cuentan con mayor tradición en este tipo de instituciones, se han puesto de manifiesto las dificultades prácticas del referido planteamiento primario. El tema se centra en el eventual efecto retroactivo de la sentencia de inconstitucionalidad.

Muchos sistemas hacen retrotraer la declaración de inconstitucionalidad al nacimiento de la norma, produciéndose el efecto *ex tunc*, como ocurre en Alemania y Portugal. No obstante, se han limitado sus alcances, declarándose que como su consecuencia, no pueden revisarse procesos judiciales fenecidos o actos jurídicos que hubieren producido derechos adquiridos.

Es por ello que algunos ordenamientos como el de Austria, con la modificación del año 1975, facultan a los tribunales constitucionales para decidir en cada caso acerca de los efectos de las sentencias en cuanto al tiempo.

A propósito de este tema deben mencionarse las sentencias denominadas “intermedias”, regidas por la prudencia, llamadas así por Manuel Cardoso, y las “manipulativas” que surgen de la jurisprudencia italiana, en que se declara la constitucionalidad en el entendido de que sean aplicadas de una determinada forma.

Esta última categoría de sentencias modifica el alcance normativo de un determinado texto, particularmente, dentro de ellas, las decisiones que pretenden operar en forma, innovando el ordenamiento a través de la introducción de normas diferentes a las expresadas en un texto normativo.

La Corte italiana recurre a este tipo de sentencias cuando una disposición tiene un alcance normativo menor del que constitucionalmente debiera tener, en cuyo caso el tribunal declara inconstitucional la disposición en la parte que no prevé algo, tras lo cual la Corte mediante la interpretación, crea una norma por adición o por sustitución.

En estos casos el juez constitucional altera el ordenamiento, porque honrando el principio de interpretación conforme, adiciona algo al precepto impugnado, convirtiéndose así, según muchos, entre ellos Gustavo Zagrebelsky, en un legislador positivo. La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el aborto es un buen ejemplo que lo explica.

En Chile el Tribunal Constitucional en innumerables ocasiones ha declarado que determinados preceptos legales son constitucionales “en el entendido que...”.

En relación con la aplicación de este importante tema podemos efectuar las siguientes distinciones:

- i) En el sistema de control difuso, los efectos de la cosa juzgada constitucional se rigen por las mismas reglas que los de la justicia común, ya que todos los tribunales que la conforman son los que tienen competencia para decidirlos.
- ii) En el sistema concentrado, hay que hacer algunas distinciones y subdistinciones.
  - iii1) En los procesos que tienen por objeto declarar la inconstitucionalidad de una ley o de un decreto, y que son de competencia de los tribunales constitucionales, las sentencias producen cosa juzgada sustancial y absoluta. Esto significa que el asunto no puede volver a debatirse y sus efectos son *erga omnes*.
  - iii2) Los tribunales con competencia constitucional, actuando en procesos que versen sobre inaplicabilidad de la ley a un caso concreto, al dictar una sentencia afirmativa, generan como efecto una declaración de inconstitucionalidad

sólo válida en ese caso específico. O sea, producen efecto *inter partes*, lo que es contradictorio con la cosa juzgada universal y sustancial que producen las sentencias constitucionales que declaran la inconstitucionalidad de la ley.

Los efectos del proceso deben salir de él para volver al conflicto y resolverlo efectivamente. El proceso solamente cumplirá su misión si se reversa la situación que provocó la actividad jurisdiccional.

La ejecución ha de llevarse a cabo en sus propios términos, con respeto absoluto a las situaciones jurídicas reconocidas así en el fallo y sin posibilidad de modificar el texto de las sentencias en cualquiera de sus componentes y menos aún en el de su parte resolutive. En otras palabras, la sentencia es inamovible para el resto del mundo y para los jueces que la dictaron, por aplicación del principio del desasimiento.

- iii) En materia de protección, amparo de garantías constitucionales, la Constitución les otorga a las sentencias el efecto de cosa juzgada formal, toda vez que el artículo 20 precisa que la Corte adoptará las medidas que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante los tribunales correspondientes.

En cuanto a la cosa juzgada, Rafael de Mendizábal nos comenta que la posibilidad de modificación conllevaría un fraude a la tutela judicial y asestaría un rudo golpe a la seguridad jurídica que ha de guiar la actuación de todos los poderes públicos, acabando con el concepto mismo de firmeza y permitiendo que el proceso pudiera resultar interminable y su resultado aleatorio. En síntesis, debe restablecerse la situación fáctica que se alteró por el conflicto, lo que se identifica con el momento jurisdiccional del cumplimiento.

Por último me referiré a los votos disidentes o de minoría en las sentencias. A este respecto debemos señalar que los especialistas en derecho procesal constitucional discuten acerca de la conveniencia o inconveniencia de agregar a las sentencias de los órganos colegiados los llamados “votos disidentes” o de minoría. Los países han optado por una u otra alternativa. Así, por ejemplo, Italia y Austria han determinado que la sentencia de sus tribunales constitucionales no puede tener opiniones de minoría, porque a juicio de quienes construyeron el sistema, ello la debilita. En cambio, los que sostienen la posición contraria, estiman que la sentencia y la doctrina que de ella emanan, se enriquecen con posiciones de minoría que muchas veces con el andar del tiempo podrían transformarse en sentencias. Es la situación en que actualmente se encuentran Alemania y Chile, entre muchos otros.

En todo caso, ésta no es una discusión cerrada, y permanentemente, tanto la doctrina como sesiones de trabajos de los mismos tribunales constitucionales siguen discutiendo sobre este importante asunto y las consecuencias que derivan de su decisión.

## 7. Reflexiones y conclusiones

1. En cuanto a la relación entre las potestades del tribunal constitucional y de los demás tribunales superiores de justicia, en la perspectiva del mandato de supremacía constitucional, debe concluirse que todos tienen una misión común y final cual es la de dar eficacia a la supremacía constitucional mediante el ejercicio de su jurisdicción.
2. La jurisdicción constitucional a través del proceso los conduce a dar plena eficacia la supremacía constitucional.
3. La organización chilena en el ejercicio de estas potestades impide que en el ejercicio de la competencia constitucional se dicten sentencias contradictorias, puesto que se ha distribuido claramente el ejercicio de la competencia constitucional entre los tribunales superiores y el Tribunal Constitucional. Para ello se cuenta con una competencia constitucional compartida.
4. El tribunal constitucional cuando acoge a tramitación una acción de inaplicabilidad puede disponer de medidas cautelares suficientes para evitar la dictación de sentencias sobre la misma materia y que pueden provocar conflictos entre dichas magistraturas, como ha ocurrido en países muy cercanos como Perú, Bolivia, Ecuador y Colombia.
5. A estos tribunales les corresponde la alta misión de hacer cumplir la Constitución en su texto, valores y principios.
6. El control de constitucionalidad de la ley surge con la sentencia del juez Marshall en el proceso *Marbury vs. Madison* de 1802; se refuerza con la Constitución austriaca de Kelsen y recién después de la Segunda Guerra Mundial se incluye en las constituciones de la nueva Europa. En Chile la Constitución de 1925 entrega a la Corte Suprema la facultad de controlar la Constitución de ley vigente. Con la creación del Tribunal Constitucional durante el gobierno de Eduardo Frei y restablecido por la Constitución de 1980 se incorpora a su competencia el control a posteriori de los proyectos de ley orgánica o interpretativa de la Constitución y se mantiene la competencia de la Corte Suprema para conocer de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley vigente aplicable a un caso *sub lite*.
7. La competencia del tribunal limita en el denominado mérito de la norma impugnada, en lo que coinciden los principales tribunales europeos, siendo un criterio interpretativo ampliamente aceptado y adoptado. El tribunal no legisla ni administra ni entra a calificar la bondad de la norma, sólo debe resolver si se ajustan a los preceptos constitucionales.
8. El efecto negativo. La sentencia que acoge la inaplicabilidad sólo decide que el precepto impugnado no puede ser aplicado por el tribunal que conoce de la causa. En cambio, si se rechaza el tribunal, cobra íntegramente su facultad de aplicarlo.
9. Un tema por dilucidar es el efecto de cosa juzgada absoluta que produce la sentencia en los controles preventivos, en el caso de que una disposición o una ley

completa sean declaradas inconstitucionales, pero que luego en una aplicación en un caso concreto pueda producir efectos inconstitucionales y dar origen a una sentencia positiva de inaplicabilidad.

Santiago, 9 de noviembre de 2012