

**Humberto Nogueira Alcalá (Chile) \***

# **El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional de Chile y los efectos de sus sentencias**

## **1. La reforma constitucional y nuevas modalidades de control de constitucionalidad**

La importante reforma al sistema de control de constitucionalidad en Chile, el cual concentra dicho control en el Tribunal Constitucional, constituye un cambio de modelo de jurisdicción constitucional, el cual tiene importantes consecuencias en el sistema de defensa del orden constitucional.

El segundo informe aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados establece en el artículo 82, numerales 6.º y 7.º, entre las atribuciones del Tribunal Constitucional:

6.º Declarar inaplicable un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, produzca efectos contrarios a la Constitución. El Tribunal conocerá este asunto en sala, la cual adoptará sus acuerdos por simple mayoría, pudiendo ordenar la suspensión del procedimiento.

7.º Decidir la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad con el numeral anterior. El Tribunal conocerá estos asuntos en pleno y, para declarar la inconstitucionalidad de un precepto de rango legal, deberá hacerlo por los dos tercios de sus miembros en ejercicio.

El artículo 82 agrega en la materia:

En el caso del numeral 6.º, la acción podrá ser deducida de oficio por el tribunal que conoce de la gestión y por quien sea parte en ella, antes de la sentencia.

---

\* Profesor titular de Derecho Constitucional y director del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca. Director de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional y vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. <nogueira@utalca.cl>

Habr  acci3n pública para requerir al Tribunal respecto de la atribuci3n que le confiere el número 7.

A través de estas disposiciones, la Carta Fundamental instituye un juicio incidental de inconstitucionalidad, el cual adopta la particularidad de ser un control concreto que es conocido por una Sala del Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo 82, n.  6, como asimismo se establece una acci3n pública de inconstitucionalidad basada en un interés público de resguardo de la supremacía constitucional que posibilita a cualquier ciudadano solicitar al Tribunal Constitucional que examine en modalidad abstracta la inconstitucionalidad de un precepto legal considerado inaplicable en el examen de control concreto previamente desarrollado por una sala del Tribunal, con el objeto de expulsarlo del ordenamiento jurídico.

### ***1.1. El juicio incidental de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional***

El *juicio incidental de inconstitucionalidad* permite conjugar dos principios constitucionales básicos: la eficacia directa de la Constituci3n<sup>1</sup> y el principio de respeto a la ley por los tribunales ordinarios, lo que permite al tribunal ordinario elevar a la consideraci3n del Tribunal Constitucional todo precepto legal en el cual haya dudas de constitucionalidad.

Ella contribuye a establecer un dialogo y una colaboraci3n entre tribunales ordinarios y Tribunal Constitucional, como asimismo permite concretar con eficacia la fuerza normativa de la Constituci3n, su supremacía y defensa, así como salvar el principio que prohibía a los jueces letrados y cortes de apelaciones inaplicar por sí mismos un precepto legal posconstitucional o de dudosa constitucionalidad, ya que dicha facultad estaba reservada en forma exclusiva a la Corte Suprema por el artículo 80 de la Constituci3n, atribuci3n que desaparece con la reforma constitucional que se está aprobando.

El juicio incidental de inconstitucionalidad con modalidad de control concreto previsto por la reforma constitucional chilena se aleja del sistema previsto en Alemania, Italia, España y Bolivia, donde la modalidad de juicio incidental tiene el carácter de control abstracto con efecto *erga omnes*, más cercano al modelo portugués, considerado en el artículo 280 de la Constituci3n de Portugal, el cual prevé un juicio incidental con modalidad de control concreto ante el Tribunal Constitucional y cuya sentencia produce efectos interpartes; en todo caso, el artículo 280.5 de la Constituci3n portuguesa genera la obligaci3n para el Ministerio Público de plantear un recurso al Tribunal Constitucional cuando un tribunal aplique a un caso concreto una norma declarada previamente inconstitucional por dicho Tribunal.

---

<sup>1</sup> El artículo 6. , incisos primero y segundo, de la Constituci3n, los cuales precisan: "Los 3rganos del Estado deben someter su acci3n a la Constituci3n y a las normas dictadas conforme a ella.

"Los preceptos de esta Constituci3n obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos 3rganos, como a toda persona, instituci3n o grupo".

Este juicio incidental de inaplicabilidad que establece el artículo 82.6 de la Constitución se caracteriza por los siguientes aspectos:

1. *Los sujetos con legitimación activa para promover la cuestión de inconstitucionalidad son los jueces, los tribunales o los funcionarios públicos o autoridades administrativas ante las que se desarrolla el procedimiento judicial o administrativo respectivo de oficio, en el que deba aplicarse el precepto legal impugnado de inconstitucionalidad, o la parte en la respectiva gestión judicial que se considere afectada por la aplicación de dicho precepto legal.*

En este último caso, es necesaria la *legitimación de las partes en la gestión judicial ordinaria o especial para poder comparecer ante el Tribunal Constitucional, las que deben poder realizar las alegaciones que estimen pertinentes sobre la constitucionalidad de las normas enjuiciadas*; ésta es una exigencia que deriva del debido proceso y del derecho de defensa eficaz en el proceso tanto principal como incidental.

Esta perspectiva lo distingue de la cuestión de inconstitucionalidad española, italiana, alemana o boliviana, en las que sólo el juez o el tribunal es el que está legitimado para presentar la cuestión ante el Tribunal Constitucional, además de tratarse en tales casos de un control abstracto y no concreto como se plantea en la reforma chilena. Asimismo, en los casos del derecho comparado considerados, la autoridad judicial o administrativa puede rechazar, por regla general, el incidente planteado por la parte si lo encuentra manifiestamente infundado, en cuyo caso proseguirá con la tramitación de la causa hasta la sentencia.

2. Se plantea el juicio incidental de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional respecto del precepto o los preceptos legales considerados inconstitucionales o de dudosa constitucionalidad, tanto en los aspectos de forma como de fondo, durante la tramitación en la instancia respectiva, antes de dictar sentencia; ésta no puede dictarse mientras no resuelva el Tribunal Constitucional. Ello permite la tramitación de todas las etapas procesales en la instancia; sólo se paraliza la emisión de la sentencia, ya que la supuesta inconstitucionalidad del precepto legal la afecta inmediata y directamente.

3. Consideramos que la ley debe establecer que el juicio incidental de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sólo puede plantearse por una sola vez, *en cualquier estado del trámite del proceso judicial o administrativo: primera o segunda instancia*, o aun en el caso de recurso de casación hasta antes de la ejecutoria de la sentencia.

4. La Sala del Tribunal Constitucional, al resolver la cuestión sometida a su conocimiento sólo se pronuncia sobre la constitucionalidad de las disposiciones legales apli-

casas al caso concreto y señaladas con precisión por la parte o la autoridad judicial o administrativa que promueve el incidente de inconstitucionalidad.

5. *La Sala del Tribunal Constitucional examina la constitucionalidad del precepto legal en control concreto, y es la Constitución el parámetro para determinar si el precepto legal es o no compatible con ella.*

El juicio incidental de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es así un complemento directo de control normativo respecto de la acción directa de inconstitucionalidad, y tiene como objeto inaplicar los preceptos legales que en un caso específico se consideren inconstitucionales, cautelando sólo intereses o derechos subjetivos de las personas, única consideración que fundamenta los efectos interpartes de una sentencia constitucional.

### ***1.2. La acción popular de inconstitucionalidad***

1. Cualquier ciudadano basado en el interés público de defender la Constitución ante su eventual vulneración por un precepto legal considerado inconstitucional puede plantear el requerimiento ante el tribunal Constitucional.

Esta acción solo será admisible en la medida en que, previamente, una sala del Tribunal Constitucional haya declarado inaplicable en un caso concreto el respectivo precepto legal, ya que no hay posibilidad de accionar ante el Tribunal Constitucional en forma directa en abstracto sin el requisito establecido.

2. El requerimiento debe realizarse respecto de uno o más preceptos legales declarados inconstitucionales por una Sala del Tribunal Constitucional con efectos interpartes, tanto en aspectos de forma como de fondo.

En efecto, cualquier ciudadano podrá requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre uno o más preceptos legales o leyes sobre las cuales previamente se haya pronunciado el Tribunal Constitucional a través de una de sus salas declarando la inaplicabilidad por inconstitucionalidad con efectos interpartes, para lo cual deberá especificar los fundamentos y razones que motivan el requerimiento de inconstitucionalidad de cada uno de los preceptos legales o leyes, ya sea por inconstitucionalidad de forma o fondo, precisando las normas constitucionales o el bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales que infringe.

3. El Tribunal Constitucional, al resolver la cuestión sometida a su conocimiento, debe pronunciarse sobre la constitucionalidad de todas las disposiciones o preceptos legales cuestionados de inconstitucionales.

El Tribunal examina la constitucionalidad del precepto legal en *control abstracto*, con la Constitución y el bloque constitucional de derechos como parámetro para determinar si el precepto legal es o no compatible con ellos. Debe tomar en cuenta las diversas hipótesis posibles por las cuales los preceptos legales pueden ser inconstitu-

cionales, considerando no sólo las normas constitucionales citadas como infringidas por el actor, sino también la conformidad del precepto o los preceptos legales con todas las normas que constituyen parámetro de control de constitucionalidad, ya que se presume que el Tribunal conoce el derecho vigente. Por lo tanto, la decisión de inconstitucionalidad puede basarse en disposiciones constitucionales que hayan sido infringidas por el precepto legal aunque no hayan sido invocadas por el actor.

4. La decisión del pleno del Tribunal Constitucional sólo podrá determinar la expulsión del ordenamiento jurídico de los preceptos legales cuestionados en su constitucionalidad, si se pronuncian en tal sentido al menos dos tercios de los ministros en ejercicio.

Dicho quórum nos parece exagerado, ya que posibilita que un criterio minoritario dentro del Tribunal pueda bloquear la determinación de la mayoría absoluta de los ministros que componen dicho Tribunal. Ello establece la paradoja de que el criterio jurídico de la minoría pueda valer más que el criterio jurídico de la mayoría de los ministros del Tribunal Constitucional, posición que constituye una *rara avis* dentro del derecho constitucional comparado, ya que expresa una desconfianza en el criterio de la mayoría del Tribunal Constitucional como defensor de la Constitución.

5. La Constitución no se refiere a los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en el tiempo, al valor de imperio de las sentencias, al valor de los considerandos que constituyen *ratio decidendi* del fallo, como tampoco dota de imperio a dichas sentencias ni determina la forma de comunicar su ejecutoria.

El poder constituyente derivado no establece regla alguna sobre los efectos de los fallos, en el sentido de si ellos son de nulidad y, por tanto, con efectos retroactivos o *ex tunc*, o son efectos anulatorios y por tanto *ex nunc*, vale decir, desde que se dicta la sentencia hacia el futuro. Esta materia deberá ser analizada por el legislador orgánico constitucional que regule la ley del Tribunal Constitucional.

Tampoco se pronuncia el constituyente derivado sobre el imperio de las sentencias, ni sobre el valor vinculante de los fallos del Tribunal Constitucional respecto de los tribunales ordinarios de justicia y los tribunales especiales.

Finalmente, el texto constitucional no se pronuncia sobre el valor de los considerandos que constituyen *ratio decidendi* de las sentencias adoptadas por el Tribunal ni sobre la modalidad o forma de comunicación la ejecutoria del fallo.

*La modalidad de control abstracto de inconstitucionalidad que establece la reforma Constitución tiene algunas semejanzas con aquella que ejerce el Tribunal Constitucional de Portugal*, el cual puede examinar y declarar, con efectos *erga omnes*, la inconstitucionalidad de cualquier norma que haya sido declarada previamente por él inconstitucional en tres casos concretos (artículo 281.3). La diferencia está en el hecho de que la modalidad chilena otorga legitimación activa a cualquier ciudadano, mientras la modalidad portuguesa le entrega al propio Tribunal la competencia de determinar de oficio la inconstitucionalidad con efecto *erga omnes*,

pero sólo después de haberse declarado la inaplicabilidad del precepto en tres casos concretos.

Nos parece mejor la técnica asumida por el Tribunal Constitucional chileno, ya que evita tener que esperar la existencia de tres fallos en control concreto que determinen la existencia de inconstitucionalidad en el precepto legal, lo que puede postergar por mucho tiempo la expulsión de un precepto legal considerado inconstitucional del ordenamiento jurídico, afectando la seguridad jurídica y la igualdad de las personas ante el derecho.

Es necesario precisar que la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional chileno, que necesariamente deberá modificarse, debe pronunciarse acerca de la posibilidad de presentar en una misma gestión judicial pero en diferentes instancias, diferentes incidentes de inconstitucionalidad, ya que la presentación de un incidente de inconstitucionalidad de forma no obsta para presentar luego un incidente de inconstitucionalidad en virtud de un vicio de fondo, salvo que la Ley Orgánica del Tribunal exija plantear todos los problemas de inconstitucionalidad que presenta un precepto legal en un solo incidente, impidiendo a la parte presentar en el mismo procedimiento un nuevo incidente de inconstitucionalidad.

En virtud de la variedad de problemas y situaciones que pueden presentarse en un fallo de un Tribunal Constitucional en control reparador o *ex post* de constitucionalidad de preceptos legales, formulamos las reflexiones y análisis contenidos en el próximo punto de este artículo.

## 2. Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos

El Tribunal Constitucional es el órgano de cierre del ordenamiento jurídico interno, ya que es el intérprete supremo y último de la Constitución, lo que es así también en el plano de América del Sur, ya que, en los casos en que se posibilita por los respectivos ordenamientos constitucionales el establecimiento de leyes interpretativas de la Constitución, el Tribunal Constitucional tiene la atribución para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de tales leyes, como ocurre por ejemplo con las Constituciones de Chile y Ecuador.

Las decisiones de los tribunales constitucionales no tienen posibilidades de ser impugnadas ni rectificadas dentro del sistema jurídico interno: la única posibilidad de superar interpretaciones erróneas o abusivas es el complejo procedimiento de revisión constitucional. Es por ello que, el juez Jackson de la Corte Suprema norteamericana sostuvo: “No tenemos la última palabra porque seamos infalibles, pero somos infalibles porque tenemos la última palabra”.<sup>2</sup> Ello sin perjuicio de considerar que en estos inicios del siglo XXI existe la jurisdicción supranacional en materia de derechos huma-

---

<sup>2</sup> Véase el voto concurrente del juez Jackson en el caso *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443,540 (1953).

nos, la Corte Penal Internacional vigente, como asimismo los procesos de integración supranacional europea, todos los cuales flexibilizan la perspectiva señalada.

La magistratura constitucional y su trascendente potestad dentro del Estado Constitucional puede posibilitar el desarrollo institucional democrático y los derechos de las personas o bloquearlos; de las inspiraciones y valores de los ministros que integren el Tribunal Constitucional depende en parte el destino jurídico del país, lo que obliga a los órganos que realizan dichos nombramientos a extremar el análisis de calidad de los ministros que desean nombrar, ya que sobre ellos no habrá controles jurídicos ni políticos durante el largo lapso de sus mandatos.

En efecto, los Tribunales Constitucionales disponen, a través de la interpretación, de la posibilidad de adoptar posiciones conservadoras o progresistas, al ponderar los valores y principios constitucionales y darles aplicación práctica por medio de sus sentencias, donde hay un margen no despreciable de discrecionalidad. No olvidemos las palabras señaladas en su oportunidad por quien fue presidente de la Corte Suprema norteamericana, en cuanto a que la Constitución no tiene otro significado que aquel que le otorgan los jueces constitucionales en sus sentencias (“vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”); por tanto, dependemos en parte importante del concepto de Constitución que asuman los magistrados constitucionales.

En efecto, el Tribunal Constitucional debe interpretar tanto el texto o la disposición constitucional que sirve de parámetro, como el precepto infraconstitucional sometida a juicio. A su vez, los textos son multisénticos; de ellos se extrae la norma como significado aplicado del texto. En consecuencia, de un mismo enunciado normativo o disposición pueden obtenerse diversas normas entre las cuales se debe decidir, lo que permite el desarrollo de las sentencias de interpretación conforme a la Constitución. Por otra parte, la Constitución dota al juez de la misión de ser guardián de la supremacía y fuerza normativa efectiva de la Carta Fundamental, proporcionándole para ello el instrumento más eficaz: la declaración de inconstitucionalidad. Sin embargo, no lo obliga a utilizar dicha arma en todos los casos, ya que debe hacer un esfuerzo de conservación de las normas legislativas producidas por el Parlamento, las que gozan de una presunción de legitimidad. Sólo debe declararse inconstitucional un enunciado normativo cuando en ninguna de sus interpretaciones posibles sea conforme a la Carta Fundamental.

El Tribunal Constitucional debe otorgar el máximo de certeza del derecho que integra el ordenamiento jurídico, como asimismo debe evitar los vacíos normativos y evaluar las consecuencias de sus fallos. Ello abre las puertas a la búsqueda de sentencias que constituyen respuestas realistas y flexibles frente a situaciones inconstitucionales que otorguen seguridad jurídica en la perspectiva de aplicación uniforme del derecho, lo que da origen a las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales.

Muy grande es así la responsabilidad de los magistrados que integran los tribunales constitucionales, y compleja y trascendente su función.

### ***2.1. Las sentencias estimatorias o desestimatorias de inconstitucionalidad***

Desde una perspectiva elemental, cuando se considera una sentencia de un Tribunal Constitucional que pone término a una confrontación entre una norma jurídica infraconstitucional y la Carta Fundamental, la *sentencia puede ser estimatoria* de la pretensión de inconstitucionalidad planteada por el requirente o demandante. Este tipo de sentencia puede darse también en los casos en que el orden jurídico establece que el Tribunal Constitucional debe pronunciarse de oficio u obligatoriamente. A su vez, la *sentencia puede ser desestimatoria* si el Tribunal Constitucional, confrontando la Constitución con la norma jurídica infraconstitucional impugnada por quienes tienen legitimación activa para ello, determina que la primera no tiene vicios de inconstitucionalidad.

Al confrontar la Constitución con la norma infraconstitucional, el Tribunal Constitucional puede dictar una sentencia total o parcialmente estimatoria o desestimatoria. Algunos de estos fallos constituyen sentencias atípicas, tanto por sus implicaciones jurídicas como por su trascendencia política.

Nos parece conveniente explicitar en la normativa reguladora del Tribunal constitucional, específicamente en la ley orgánica respectiva, una manifestación de la regla *iura novit curia*, vale decir, que el tribunal conoce el derecho y que lo aplica cuando se lo solicitan a través de acciones abstractas o juicios incidentales concretos, por lo que puede fundar la determinación de inconstitucionalidad en la infracción de *cualquier precepto constitucional*, haya o no sido invocado en el curso del procedimiento por las partes, siempre que exista una conexión con los preceptos constitucionales considerados, lo que otorga a las partes, comparecientes o intervinientes ante el Tribunal, en algún tiempo razonable antes de la decisión, la facultad de pronunciarse sobre la eventual existencia de los motivos eventualmente considerados por el Tribunal que sean distintos de los alegados por los comparecientes.

### ***2.2. Los efectos de cosa juzgada absoluta, relativa o aparente de las sentencias del Tribunal Constitucional***

Tanto en América del Sur como en el derecho comparado europeo, las sentencias de término de los tribunales constitucionales producen efectos de cosa juzgada, tanto las que determinan la inconstitucionalidad de una norma infraconstitucional, como asimismo aquellas que desestiman la inconstitucionalidad de una norma jurídica por razones de fondo, ya que no existe posibilidad de recurso alguno que permita impugnarla dentro del ordenamiento jurídico interno del Estado. Ello le otorga firmeza —impide que el problema se plantee sobre idéntico contenido— y obligatoriedad para todos los órganos estatales.

En todo caso, es necesario precisar las peculiaridades de la cosa juzgada en el ámbito de la jurisdicción constitucional, donde la supremacía y la funcionalidad de la Constitución adquieren primacía o al menos se equilibran con la seguridad jurídica,

posibilitando en determinados supuestos que el Tribunal Constitucional revise sus propias decisiones desde nuevas perspectivas.

Así, si la respectiva Corte Constitucional se ha pronunciado determinando que el enunciado normativo sometido a su análisis es constitucional, es preciso que dicho estudio se haya efectuado sobre todos los aspectos en que puede incidir el enunciado normativo respectivo, eliminando otras posibles razones de inconstitucionalidad que no se tuvieron en cuenta en la sentencia correspondiente.

Si ello no fuera así, consideramos que los *efectos de cosa juzgada* no podrían ser *absolutos* y sólo tendrían el carácter de *cosa juzgada relativa*.

La *cosa juzgada relativa* existirá en el caso de que el respectivo Tribunal Constitucional, en el momento de hacer su análisis, no haya tenido en consideración determinadas hipótesis posibles de inconstitucionalidad del enunciado normativo, lo que puede reconocerse de dos maneras. La primera, cuando el propio Tribunal Constitucional en el fallo señala que su análisis sólo consideró los aspectos impugnados por la parte demandante, en cuyo caso los efectos de cosa juzgada son relativos sólo a esa dimensión del análisis, y podrán presentarse nuevas demandas de inconstitucionalidad del enunciado normativo basadas en cuestiones distintas no consideradas en el fallo inicial. La segunda forma posible de reconocer una realidad de cosa juzgada relativa es cuando la sentencia del Tribunal Constitucional nada dice de haber examinado el enunciado normativo sólo desde determinados ángulos, por lo cual podría presumirse que lo hizo desde todos los posibles; en tal caso, la cosa juzgada sería absoluta. Sin embargo, ello no sería así si en el análisis de los fundamentos del fallo en que se resolvió el caso anterior no existe elemento que permita considerar razonablemente que se tuvo en consideración el nuevo problema constitucional planteado en la nueva demanda; en esta última hipótesis puede sostenerse con fundamento suficiente que el primer fallo tiene efectos de cosa juzgada relativa.

Además de distinguir entre cosa juzgada absoluta y relativa, es necesario tener presente la situación de *cosa juzgada aparente*. Esta situación ocurre cuando, al sustentar una decisión de constitucionalidad o inconstitucionalidad, no se han establecido los fundamentos racionales y jurídicos de la decisión en que se declara uno entre otros textos normativos como constitucionales. En tal caso, sólo existe cosa juzgada aparente, ya que no se ha examinado efectivamente si el texto normativo específico en confrontación con la Carta Fundamental es constitucional o inconstitucional. No debe olvidarse que una sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción debe ser motivada, fundada en las fuentes del derecho vigente, y congruente. No existe fallo ni cosa juzgada sin adecuado sustento jurídico de la decisión; una decisión inmotivada es una decisión arbitraria que constituye sólo una situación de hecho.

Así, por ejemplo, la *Corte Constitucional Colombiana*, en 1994, había dictado una sentencia que, entre diversas otras disposiciones, había sostenido en la parte resolutive del fallo que todo el decreto 663 de 1993, sobre el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, del cual hacían parte las disposiciones nuevamente impugnadas de incons-

titucionalidad, era constitucional. Analizada en el nuevo caso la sentencia de 1994, la Corte se dio cuenta de que en los considerandos del fallo había omitido todo análisis del decreto 663 de 1993, el cual aparecía declarado constitucional entre muchas otras disposiciones que en dicha oportunidad habían sido demandadas de inconstitucionalidad. Así, la sentencia de la Corte Constitucional C-700 de 1999 debió reconocer que, respecto de dicha disposición normativa, en la sentencia de 1994 había sólo una apariencia de cosa juzgada, y pudo determinar en la nueva sentencia que el decreto 663 era inconstitucional.

Todas las consideraciones anteriores se hacen sin perjuicio de lo dispuesto por las jurisdicciones internacionales o supranacionales a las cuales el Estado haya reconocido jurisdicción vinculante, obligándose a cumplir dichas sentencias, como ocurre en el ámbito latinoamericano con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,<sup>3</sup> lo que debe llevar a revisar el fallo del tribunal interno nacional cuando éste sea la causa de la declaración de responsabilidad internacional del Estado por vulneración de derechos humanos. Así lo ha determinado la Corte Interamericana ya claramente en el caso *Barrios Altos*, entre otros.

Asimismo, en España e Italia, entre otros países, se posibilita que una ley sobre la cual ya ha existido un pronunciamiento en control abstracto de constitucionalidad por el respectivo Tribunal Constitucional pueda volver a cuestionarse por la vía del control concreto mediante la invocación de circunstancias nuevas o motivos diferentes. Estas materias deben regularse en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional chileno.

### ***2.3. La cosa juzgada formal y material***

Es normal que en los diferentes países el Poder Judicial cuente con variados grados e instancias, en cada uno de los cuales el fallo del respectivo tribunal o corte tendrá valor de cosa juzgada formal, al existir recursos que permiten impugnar dicha sentencia ante tribunales o cortes superiores. Así, sólo la sentencia del tribunal o corte superior del respectivo ordenamiento jurídico tendrá valor de cosa juzgada, tanto formal como material, salvo en materia penal, si ha reconocido la competencia del Tribunal Penal Internacional.

En el ámbito de la jurisdicción constitucional, para que exista una cosa juzgada constitucional material es necesario que las partes no puedan reabrir el debate constitucional sobre la misma materia en otro procedimiento.

Así, puede señalarse que, en los países que tienen una jurisdicción constitucional concentrada, la sentencia del Tribunal o Corte Constitucional adopta el carácter de

---

<sup>3</sup> La Convención Interamericana de Derechos Humanos dispone en su artículo 67 que, para los Estados partes, el *fallo es definitivo e inapelable*, y el artículo 68.1 determina que “los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso que sean partes”.

cosa juzgada formal y material o sustancial, salvo en los casos en que ella sea revisable mediante algún procedimiento o trámite por el propio Tribunal Constitucional, o cuando el Estado ha reconocido jurisdicción en la materia a un Tribunal supra o transnacional a cuyas sentencias se les ha reconocido carácter jurídico vinculante. En tal caso, la sentencia del Tribunal Constitucional sólo tendrá carácter de cosa juzgada formal mientras no transcurran los plazos que permiten impugnar el fallo, y sólo adquirirá el carácter de cosa juzgada material si, transcurridos los plazos, lo decidido en dicha sentencia no ha sido impugnado en sede supraconstitucional.

Por otra parte, en el ámbito de la jurisdicción constitucional puede darse el caso de que los fallos del Tribunal o Corte Constitucional que determinen la constitucionalidad de un enunciado normativo constitucional no tengan fuerza de cosa juzgada material, si a través de un procedimiento posterior otras partes pueden volver a sostener la inconstitucionalidad del mismo enunciado normativo por la misma razón, situación que posibilita la revisión del criterio antes utilizado por igual Tribunal Constitucional sobre la conformidad de dicho enunciado normativo con la Carta Fundamental, lo que generará una nueva doctrina con nuevos fundamentos. No debe olvidarse, como recuerda Néstor Pedro Sagüés, que la cosa juzgada constitucional, más que cumplir una función pacificadora poniendo fin a un conflicto, tiene por misión fundamental defender la supremacía de la Constitución.<sup>4</sup>

De esta forma, si después presentado un primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional a requerimiento de un órgano estatal hay un pronunciamiento de constitucionalidad del enunciado normativo impugnado de inconstitucionalidad, y posteriormente vuelve a impugnarse la constitucionalidad del mismo enunciado normativo por otro órgano legitimado activamente para ello, y la Corte o Tribunal Constitucional en este segundo caso admite la inconstitucionalidad de dicho enunciado normativo, que resulta eliminado del ordenamiento jurídico con efectos *ex tunc* (retroactivos), en dicha hipótesis no podría señalarse que el primer fallo tuvo efectos de cosa juzgada constitucional material, ya que éste fue enervado por la segunda sentencia en que el mismo Tribunal cambió de criterio. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de Costa Rica, donde las sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema son vinculantes para todos los tribunales de la República, salvo para la propia Sala Constitucional señalada. Así lo establece el artículo 87 de la Ley de Jurisdicción Constitucional 7135, el cual determina que “las resoluciones o sentencias que denieguen la inconstitucionalidad únicamente surtirán efectos entre las partes en el caso concreto y no producirán cosa juzgada. La acción de inconstitucionalidad podrá ejercerse contra normas o actos previamente declarados constitucionales y en casos o procesos distintos”. Asimismo, el artículo 13 de la misma ley precisa que la jurisprudencia y los precedentes de la

---

<sup>4</sup> Néstor Pedro Sagüés: *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires: Depalma, 1998. p. 234.

jurisdicción constitucional (competencia de la Sala Constitucional) “son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma”.

En el caso chileno, no hay en el texto de la Constitución vigente, ni en el texto de la reforma constitucional en curso, como tampoco en el texto de la Ley Reguladora del Tribunal Constitucional, disposición alguna referente a los efectos de la cosa juzgada en materia constitucional. El artículo 32 de la LOC analizada sólo señala como norma general que “el Tribunal, de oficio o a petición de parte podrá modificar sus resoluciones sólo si se hubiere incurrido en algún error de hecho que así lo exija”.

El juicio incidental de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la modalidad de control concreto y la acción popular de inconstitucionalidad en modalidad de control abstracto que introduce la reforma constitucional obligan a que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional regule estos supuestos y establezca con claridad los efectos de sus fallos.

A diferencia de la normativa chilena, el derecho constitucional comparado latinoamericano se refiere expresamente a la materia adoptando posición respecto de los temas señalados, los cuales constituyen modalidades que conviene analizar.

La *Constitución de Bolivia*, en su artículo 121, prescribe: “I. Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso ulterior alguno”. A su vez, la ley n.º 1836 del Tribunal Constitucional de Bolivia, en su artículo 58, § V, señala: “La sentencia que declare la constitucionalidad de la norma legal impugnada, hace improcedente cualquier nueva demanda de inconstitucionalidad contra ella”.

A su vez, como indica Rivera Santiváñez, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que el artículo 121.I de la Constitución y el artículo 42 de la ley n.º 1836 instituyeron “el principio de la cosa juzgada constitucional, que otorga a las sentencias del Tribunal Constitucional un especialísimo nivel dentro del sistema jurídico” lo que implica que “el sistema procesal constitucional adoptado por la Constitución y la Ley N.º 1.836 para el ejercicio del control de constitucionalidad, en resguardo del principio de la seguridad jurídica, instituye la cosa juzgada constitucional, lo que significa que las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional tienen carácter definitivo, absoluto o incontrovertible, de manera tal que sobre el tema resuelto no puede volver a plantearse nuevo litigio a través de recurso alguno”.<sup>5</sup>

La *Constitución Colombiana*, en su artículo 243, determina: “Los fallos que la Corte (Constitucional) dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordi-

---

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 1249/01-R, de 23 de noviembre de 2001. Línea jurisprudencial seguida en sentencias 1387/2001-R, de 19 de diciembre de 2001, y 047/2003-R, de 9 de abril de 2003. Véase José Antonio Rivera Santibáñez: *Jurisdicción constitucional*, 2004, p. 109.

naria y la Constitución”. A su vez, el decreto 2067 de 1991, que regula el procedimiento de inconstitucionalidad en Colombia, precisa en su artículo 21: “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares”, todo ello en armonía con el artículo 45 de la ley estatutaria 270 de 1996. El parágrafo 2.º del artículo 21 en consideración agrega: “La declaratoria de constitucionalidad de una norma impugnada por vicios no obsta para que ésta sea demandada posteriormente por razones de fondo”, y el artículo 23 del decreto 2067 añade: “La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar para las autoridades y corrige la jurisprudencia”, todo ello en armonía con el artículo 48 de la ley estatutaria 270.

La Ley Orgánica n.º 26 435 del Tribunal Constitucional peruano establece en su artículo 35 que “las Sentencias del Tribunal tienen autoridad de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente de su publicación”, y agrega en el parágrafo segundo del artículo 37: “La sentencia denegatoria de la inconstitucionalidad de una norma impide la interposición de nueva acción, fundada en idéntico precepto constitucional”.

En el caso chileno, la regulación de esta materia en la Ley orgánica del Tribunal debería distinguir entre las sentencias que se pronuncien por vicios de forma y de fondo, ya que una sentencia denegatoria o desestimatoria de inconstitucionalidad por vicios de forma no podría impedir la interposición de una nueva acción por vicios de fondo.

En nuestra opinión, la sentencia desestimatoria de una cuestión de inconstitucionalidad es *imperativa*, pero no es *definitiva ni inmutable*, de lo cual se deduce la posibilidad de que puede volver a elevarse la cuestión de inconstitucionalidad, aunque en otra fase del proceso ordinario, ya que la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad produce un efecto preclusivo en el juez *a quo*, como señalan Cappelletti, Pizzorusso, Crisafulli y Sandulli, entre otros.

A su vez, nos parece necesario determinar que una sentencia desestimatoria o denegatoria de inconstitucionalidad no impide la interposición de una nueva acción sobre el mismo precepto constitucional mediante otra *vía procesal*, ya que es posible que un precepto declarado constitucional en vía de acción directa pueda ser impugnado por vía de inaplicabilidad o de cuestión de inconstitucionalidad, en la medida en que en esa hipótesis concreta el precepto declarado constitucional en abstracto podría tener una aplicación específica que fuera inconstitucional.

Por la misma razón, consideramos que es posible que se presenten diversos procedimientos incidentales, ya que pueden hacerse valer diversas hipótesis de inconstitucionalidad concretas que antes no habían esgrimido quienes fueran afectados por ellas. Esta perspectiva disminuye el peso relativo de una sentencia errónea del Tribunal Constitucional desestimatoria de inconstitucionalidad, ya que posibilita una sentencia diferente a través del recurso de inaplicabilidad o la cuestión de inconstitu-

cionalidad que puede admitir o estimar razones de inconstitucionalidad no consideradas en su sentencia abstracta. En todo caso, queda a salvo la posibilidad del tribunal *a quo* de rechazar la elevación de cuestiones idénticas a las antes desestimadas por considerarlas manifiestamente infundadas.

Por otra parte, no nos parece convincente que una sentencia del Tribunal Constitucional desestimatoria de inconstitucionalidad en vía incidental no pueda ser analizada nuevamente en vía directa y abstracta, ya que la sentencia desestimatoria se pronuncia sólo sobre la cuestión y no sobre el precepto normativo vigente (precepto legal u otro) sobre el cual sí se pronuncia la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, la que decide sobre la cuestión y sobre el precepto normativo.<sup>6</sup>

A nuestro juicio, una misma cuestión debería poder ser elevada a la consideración del Tribunal Constitucional en otras circunstancias, en las cuales el Tribunal puede acoger la estimación de inconstitucionalidad del precepto normativo. Esta perspectiva habilita la capacidad del Tribunal Constitucional para evaluar cambios en el parámetro constitucional o en el significado de la norma legal atendiendo a la diferenciación entre enunciado normativo y norma jurídica, o simplemente en el poder de rectificación del Tribunal Constitucional, estableciendo las razones para ello.

En lo referente a la posibilidad de analizar nuevamente lo resuelto en una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad por vía de acción directa, la doctrina se encuentra dividida.

Para unos, no podría plantearse una nueva ley con contenido igual al declarado inconstitucional, ya que ello constituiría un desacato al Tribunal Constitucional y un ilícito constitucional.<sup>7</sup>

Para otros, la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad de una ley no impediría debatir una nueva ley con igual contenido, siempre que no busque alterar situaciones cubiertas por el fallo anterior y, por lo tanto, con efectos sólo hacia el futuro. Para ello se apela a la necesidad de no bloquear la innovación jurídica frente a nuevas hipótesis o necesidades cambiantes, como asimismo a la posible rectificación de resoluciones por nuevas mayorías del órgano jurisdiccional con nuevos criterios interpretativos o con nuevas concepciones jurídicas.

En todo caso, es necesario precisar que, reconocida la jurisdicción vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las sentencias de los tribunales constitucionales pueden ser objeto de impugnación, en cuanto acto estatal que pudiere vulnerar derechos humanos. En tal caso, los efectos del fallo dictado por el Tribunal Constitucional en jurisdicción interna son de cosa juzgada formal y sólo será cosa juzgada material si no hay impugnación ante la Corte supranacional, dentro del plazo

---

<sup>6</sup> G. Zagrebelsky: "Proceso costituzionale", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXVI, Milán, 1987, p. 627.

<sup>7</sup> Francisco Rubio Llorente y Javier Jiménez Campo: o. cit., 1998, p. 76.

que determine la normativa del tratado respectivo. Así, debe contemplarse, necesariamente, una revisión de la sentencia estimada violatoria de derechos, dando cumplimiento de buena fe al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De lo contrario, se incumpliría el deber constitucional de asegurar, garantizar y promover los derechos esenciales de la persona humana (derechos fundamentales o derechos humanos) que pesa sobre todos los órganos del Estado, se lesionaría gravemente el Estado democrático constitucional y se incumpliría la obligación de resultado a que obliga la sentencia de la Corte Interamericana.

A su vez, puede sostenerse en esta materia que una institución que tiene como finalidad una certeza formal no puede prevalecer sobre la protección efectiva y constante de los derechos humanos, los que además en el derecho sudamericano son parte del bloque constitucional de derechos, y en Chile constituyen límites a la potestad estatal, como lo establece preteritoriamente el artículo 5.º, inciso segundo, de la Constitución.

Por otra parte, nos parece necesario que en la ley reguladora de los tribunales constitucionales se explicita que la parte que subsiste del proyecto de ley o la vigencia de la ley es aquella no afectada por la impugnación de inconstitucionalidad, salvo que el fallo del Tribunal Constitucional disponga otra cosa, ya que podría determinar la inconstitucionalidad de otros preceptos no impugnados en virtud de su conexión con los impugnados. Ello nos parece que deriva de la propia naturaleza de la pretensión impugnatoria y de la efectividad de la sentencia de un Tribunal Constitucional, lo que relativiza el principio de congruencia procesal.

Finalmente, creemos que la regla general es que en los procedimientos concretos las partes deberían quedar vinculadas por el fallo desde el momento de su notificación, mientras que en los procedimientos abstractos la sentencia tendría que producir efectos desde su publicación en el respectivo *Diario Oficial*.

#### **2.4. El valor vinculante de la parte dispositiva de la sentencia y el valor jurídico de los considerandos, parte motiva, ratio decidendi o tragende gründe**

Es punto pacífico en la doctrina y el derecho positivo comparado la obligación de cumplir lo resuelto en la parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Constitucional. Lo que se debate en la doctrina y depende de la normativa que regula las sentencias en cada país es si los elementos de razonamiento que sustentan la decisión o que constituyen *ratio decidendi* del contencioso sometido a la consideración del Tribunal Constitucional —vale decir, aquella parte de la fundamentación o argumentación que no podría ser modificada sin que la parte resolutive de la sentencia cambiara— tienen carácter vinculante a diferencia de los *obiter dicta*, sin perjuicio de la dificultad para separar claramente unos de otros.

En los países de América del Sur con tribunales constitucionales, las legislaciones reguladoras establecen diversas alternativas. En el caso colombiano, el artículo 48

de la Ley 270 Estatutaria de la Administración de Justicia de 1996, de conformidad con el artículo 230 de la Constitución, establece algunas regulaciones en la materia. Expresamente determina que “sólo será de obligatorio cumplimiento y con efectos *erga omnes* la parte resolutive de los fallos. La parte motiva constituye sólo criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general”. Sin embargo, la doctrina de la Corte Constitucional ha establecido el carácter vinculante de sus interpretaciones, utilizando para ello la técnica del precedente, y distingue entre la argumentación que guarda relación directa y necesaria con la parte resolutive del fallo y aquella que sólo es tangencial.<sup>8</sup>

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, con base en el artículo 335 de la Constitución de 1999, establece la obligatoriedad de las interpretaciones constitucionales determinadas por la Sala Constitucional con motivo de la resolución de controversias o de una solicitud de interpretación. La Sala Constitucional ha resuelto que la norma general producida por la interpretación abstracta genera efectos *erga omnes*, “constituyendo una verdadera *jurisdatio*, una interpretación cuasiauténtica o paraconstituyente, que profiere el contenido constitucionalmente declarado por el texto fundamental”.<sup>9</sup>

La misma Sala Constitucional ha precisado en sentencia posterior que el artículo 355 de la Constitución constituye también el fundamento de la fuerza vinculante de los precedentes, que se establecen por la Sala al resolver casos concretos. Establece al efecto:

A lo ya dicho conviene agregar que la doctrina que se derive de la interpretación de los preceptos constitucionales, sea que la conclusión a que arribe la Sala no resuelva un caso concreto (solicitud de interpretación), sea que aproveche a la solución de una concreta controversia en tanto contenga el modo en que los valores, principios y reglas constitucionales exigen que se tome una decisión en un sentido determinado, tiene en ambos casos efecto vinculante. Tal aclaratoria desea resolver alguna duda que pudiera surgir en cuanto al alcance de la vinculación de la función interpretativa que toca desplegar a esta Sala conforme al citado artículo 335 de la Carta Fundamental, la cual puede que llegue a asociarse, erróneamente, a la desnuda interpretación de un precepto constitucional.<sup>10</sup>

La sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en materia de *ratio decidendi* ha determinado:

Las interpretaciones de esta sala constitucional, en general, o las dictadas en vía de recurso interpretativo, se entenderán vinculantes respecto del núcleo del caso estudiado, todo ello en un sentido de límite mínimo, y no de frontera

<sup>8</sup> Diego López Medina: *El derecho de los jueces*, Santafé de Bogotá: Legis, 2000, pp. 14 ss.

<sup>9</sup> Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 19 de julio de 2001, n.º 1309, caso *Hermann Escarrá*.

<sup>10</sup> Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 5 de octubre de 2001, n.º 1860, caso *Consejo Legislativo del Estado Barinas*.

intraspasable por una jurisprudencia de valores oriunda de la propia Sala, de las demás Salas o del universo de los tribunales de instancia [...]

Los pronunciamientos que, sin referirse al núcleo central del debate objeto de la decisión, afectan a un tema colateral relevante para la misma, normalmente vinculados con los razonamientos jurídicos esbozados para afincar la solución al caso, no serán, por lógica, vinculantes, ni en este ni en otro sentido.<sup>11</sup>

Por último, la Sala Constitucional ha establecido expresamente el carácter vinculante de la *ratio decidendi* de sus fallos. Al respecto ha señalado:

Finalmente, debido a la relevancia de las consideraciones emitidas en el fallo bajo examen y, además, por haber reflexionado la Sala sobre el alcance de principios elementales de nuestro ordenamiento jurídico constitucional, como lo son el derecho a la libertad y la garantía de presunción de inocencia, declara vinculante *la ratio decidendi* que condujo a la decisión definitiva del presente fallo.<sup>12</sup>

Las disposiciones constitucionales y de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional chileno no se refieren a la materia, por lo que ésta debe regularse en sus aspectos centrales.

En nuestra opinión, debería establecerse que la *ratio decidendi* del fallo que constituye la argumentación relevante que lo fundamenta y determina la parte resolutoria —vale decir, aquellos principios o razonamientos que no podrían ser alterados o modificados sin que la sentencia fuera modificada— debería al menos ser criterio auxiliar para la aplicación del derecho por todos los órganos del Estado. Mientras dichos criterios no sean modificados por el propio Tribunal Constitucional, distinguiéndolos de los *obiter dicta* o *dicta*, que son afirmaciones tangenciales o complementarias emitidas en la resolución judicial, no tienen el mismo carácter ni deben ser seguidos como precedentes por los tribunales inferiores.

## 2.5. Los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en el tiempo

Las sentencias de los tribunales constitucionales pueden clasificarse, según los efectos que producen en el tiempo, en sentencias con efectos *ex tunc* o *ex nunc*.

### 2.5.1. Los efectos *ex tunc* de las sentencias

Las sentencias tendrán efectos declarativos *ex tunc* si determinan la nulidad de la norma o acto impugnado eliminándolo del ordenamiento jurídico con efecto retroactivo, como si nunca hubiera existido; ello es consecuencia de la supremacía constitucional y los efectos de la nulidad de derecho público, que es originaria e insanable.

---

<sup>11</sup> Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 9 de noviembre de 2000, n.º 1347, caso *Ricardo Combellas*.

<sup>12</sup> Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 27 de noviembre de 2001, n.º 2426, caso *Víctor Giovanni Díaz Barón*.

Sin embargo, los efectos retroactivos de los fallos se han flexibilizado con el objeto de no afectar situaciones jurídicas consolidadas y efectos jurídicos ya producidos, como lo exige el principio de seguridad jurídica, respecto de decisiones judiciales o contencioso-administrativas que posean la fuerza de cosa juzgada, con la excepción del principio de retroactividad de la ley penal más favorable, como lo determinan las leyes reguladoras de diversos tribunales constitucionales, entre ellos la alemana y la española.

En efecto, en Alemania, la *Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal*, en su artículo 78 determina: “Si el Tribunal Constitucional Federal llega a la convicción de que el derecho federal es incompatible con la Ley Fundamental o el derecho del Estado, u otro derecho federal, entonces declara la nulidad de la ley. Si otras disposiciones de la misma ley son incompatibles con la Ley Fundamental u otro derecho federal, entonces el Tribunal Constitucional Federal igualmente podrá declararlas nulas”. Así, cuando la Corte de Karlsruhe encuentra que una norma es contraria a la Constitución, declara su nulidad, lo que significa que ella es inválida desde su entrada al ordenamiento jurídico, determinando los efectos *ex tunc*. Sin embargo, hay casos en que el Tribunal Constitucional Federal declara la inconstitucionalidad de una norma absteniéndose de determinar su nulidad, por cuanto ello significaría una “situación jurídica insoportable”.<sup>13</sup> Ello muestra cierto nivel de discrecionalidad prudencial que ejerce el Tribunal Constitucional Federal en la modulación de sus sentencias en casos excepcionales.

En el caso español, el artículo 39.1 de la *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (LOTIC) señala: “Cuando una sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia”. De acuerdo con tal norma, el Tribunal Constitucional al declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, debe declarar su nulidad, dándole a tal decisión efectos retroactivos o *ex tunc*, aun cuando se establecen excepciones en materia de sentencias basadas en autoridad de cosa juzgada. No obstante, el Tribunal Constitucional español en oportunidades ha quebrado el nexo entre inconstitucionalidad y nulidad, posibilitando la primera sin declarar la segunda.<sup>14</sup>

### 2.5.2. *Los efectos ex nunc de las sentencias*

En el enfoque kelseniano del Tribunal Constitucional como legislador negativo, el fallo tiene un carácter constitutivo, de anulación y con efectos *ex nunc*; vale decir que

---

<sup>13</sup> Albrecht Weber: “Alemania”, en Eliseo Aja (ed.): *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona: Ariel Derecho, 1998, pp. 77 ss.

<sup>14</sup> Sobre la materia, véanse STCE 45, de 1989; 185, de 1998, y 235, de 1999, entre otras.

produce efectos desde el pronunciamiento y la notificación o publicación del fallo hacia el futuro, sin afectar las situaciones anteriores producidas al amparo de dicha norma.

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 interpuestas 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”.

Este enfoque del Tribunal austríaco, inspirado en el modelo kelseniano, donde la decisión de declarar la inconstitucionalidad produce efectos *ex nunc* o *pro futuro* por regla general, no impide la posibilidad de que el propio Tribunal module sus sentencias en el tiempo dentro de ciertos límites. 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, cuando el Tribunal Constitucional consideró que dicho gravamen era desproporcionado e inconstitucional. Como se trataba de un procedimiento especial (*Anlabfälle*), en el que se habían presentado cerca de once mil recursos, el Tribunal tomó la determinación de que los efectos del fallo, que habían favorecido a algunos contribuyentes, se extendieran a todos los casos decididos según la norma objeto de control. Concedió así claros efectos retroactivos al fallo en virtud del principio de igualdad, anulando la carga impositiva de forma general y con efectos *ex tunc*.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Heinz Schäfer: “Austria: la relación entre el Tribunal Constitucional y el Legislador”, en Eliseo Aja (ed.): *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona: Ariel Derecho, 1998, pp. 37-38.

### 2.5.3. *Los efectos ex tunc o ex nunc de las sentencias en los tribunales constitucionales latinoamericanos*

Sobre efectos *ex tunc* o *ex nunc* de los fallos de los tribunales constitucionales no hay una sola posición, y los ordenamientos jurídicos toman parte por darle mayor fuerza a la supremacía constitucionalidad o bien a la seguridad jurídica, tratando de buscar un cierto equilibrio entre ambos principios. Al respecto, en el derecho comparado, para los tribunales constitucionales de Austria, Croacia, Eslovenia, Grecia, Polonia y Rumania, entre otros, los efectos de las sentencias son, por regla general, *ex nunc*, mientras que para los de Alemania, Bélgica, España y Portugal se consideran los efectos *ex tunc* como regla general.

En el *ámbito sudamericano* existe también diversidad de criterios en la materia, como lo muestran las respectivas legislaciones que encuadran la actividad de los tribunales constitucionales de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

La *Ley 1836 del Tribunal Constitucional boliviano*, de abril de 1998, en su artículo 48, referente a la forma y contenido del fallo, párrafo 4, determina la parte resolutive en la que se pronunciará el fallo sobre el fondo del recurso o demanda, en la forma prevista para cada caso, “su dimensionamiento en el tiempo y los efectos sobre lo resuelto, la condenatoria en costas si procediere y las comunicaciones pertinentes para su ejecutoria”. Ésta es la normativa sudamericana de carácter más abierto, que entrega al Tribunal Constitucional la facultad de determinar la modulación de los fallos en el tiempo.

El artículo 45 de la *Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de Colombia* prevé 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.

A su vez, la *Ley 1836 del Tribunal Constitucional*, en su artículo 48.4, determina que la parte resolutive en la que se pronunciará el fallo sobre el fondo del asunto, en la forma prevista para cada caso, fijará su dimensionamiento en el tiempo y los efectos de lo resuelto, y el artículo 51 de la misma ley determina que la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad no permite revisar procesos fenecidos mediante sentencias que tengan la calidad de cosa juzgada, en los que se haya aplicado la ley inconstitucional. Sobre la materia hay diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional; así, en sentencia C-113/93 declaró que sus fallos tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materia penal 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: “Los efectos concretos de la sentencia de inexecutable 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, que declaró inconstitucional un efecto retroactivo establecido en la ley 6 de 1992, pero, como muchos contribuyentes ya habían cancelado el gravamen, se ordenó la devolución inmediata de las sumas canceladas.

En otros casos, la Corte Constitucional ha declarado la inexecutable del decreto con fuerza de ley desde el momento mismo en que se había declarado la inexecutable del decreto que había establecido el respectivo estado de excepción de emergencia, como es el caso de la sentencia C-187 de 1997. 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 aquél desde el momento de su expedición.<sup>16</sup>

En el caso de *Ecuador; el artículo 278 de la Constitución* determina que “La declaratoria *no tendrá efecto retroactivo*, ni respecto de ella habrá recurso alguno” (la cursiva es nuestra). El artículo 22 de la Ley de Control de Constitucionalidad ecuatoriana de 1997, en su artículo 22, precisa que las resoluciones no afectarán las situaciones jurídicas surgidas al amparo de tales normas y antes de la declaratoria de inconstitucionalidad. Así, los fallos del Tribunal Constitucional ecuatoriano tienen efectos anulatorios; son de carácter constitutivo con efectos *ex nunc*.

El artículo 40 de la *Ley n.º 26.435 Orgánica del Tribunal Constitucional peruano* establece la regla de que los fallos no pueden afectar procesos fenecidos ni revivir normas derogadas por los preceptos legales declarados inconstitucionales; excepcionalmente el artículo 36 de esta ley explicita que, cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución, el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de las decisiones en el tiempo.

Finalmente, la *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Venezuela*, aplicable a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, establece en su artículo 119 que, en el fallo definitivo en que se pronuncia sobre la constitucionalidad 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”.

---

<sup>16</sup> Véase la sentencia C-619 de 2003 en *Revista Electrónica Foro Constitucional Iberoamericano* n.º 3, Universidad Carlos III, Madrid, <<http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCIrevista-03-jur-col5.htm>>.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional es variada; sólo a manera de ejemplo se citan los siguientes fallos.

En sentencia del caso *Mollegas Puerta y Mollegas Viamonte*, la Sala Constitucional determinó:

Ahora bien, de acuerdo con lo previsto en el artículo 119 de la Ley orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se debe determinar los efectos en el tiempo de las decisiones anulatorias de normas. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que en tales casos, debe entenderse que produce sus efectos *ex tunc*, es decir, hacia el pasado. Así, en reciente sentencia con ocasión de decidir la solicitud de ejecución de un fallo que no había fijado los efectos en el tiempo de una sentencia anulatoria, se indicó:

“Ha sido señalado precedentemente que la sentencia anulatoria extinguió la norma por considerarla viciada, sin limitar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley orgánica de la Corte Suprema de Justicia, los efectos de la anulación en el tiempo, en razón de lo cual, este efecto es *ex tunc*, es decir hacia el pasado; opera desde el momento mismo en que la norma fue dictada. (Sentencia de la Sala política administrativa del 11 de noviembre de 1999, caso Policarpo Rodríguez)”.<sup>17</sup>

A su vez, la misma Sala Constitucional, en caso *Armando Contreras Díaz*, estableció:

En tal sentido, la doctrina patria ha señalado erradamente que es característica exclusiva del control difuso la extensión de los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad hacia el pasado, esto es, producir efectos *ab initio* del acto impugnado o con efectos *ex nunc*. En efecto, tal exclusividad en el control difuso carece de fundamento científico, no existe dentro de las características propias del control difuso un elemento que enlave dicha característica a ese control, ya que el control concentrado, si bien tiene efecto constitutivo, se ejerce sobre actos que, precisamente, por gozar de una presunción de legalidad, producen efectos jurídicos desde sus inicios, los cuales, en razón de la trascendencia de los derechos constitucionales transgredidos más el carácter de los efectos jurídicos que ella pudo haber realizado, algunas veces se hace necesario declarar la nulidad *ab initio* de la Ley impugnada para garantizar el Estado de Derecho.

Otra no puede ser la consecuencia de la norma contenida en el artículo 119 de la ley orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que señala la potestad de esta Sala para indicar cuáles serán los efectos que ella le atribuye a su fallo, por lo tanto, siendo que sí existe una normativa legal que le otorga a esta Sala la potestad de atribuirle efectos *ex nunc* o *ex tunc* a sus fallos, esta Sala desecha el alegato expuesto por la parte opositora de que las sentencias de nulidad deben ser siempre con efectos *ex nunc*.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo n.º 450, de fecha 23.5.2000, en Iván Rincón Urdaneta y otros: *Doctrina de la Sala Constitucional. Competencias procesales*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, p. 142.

<sup>18</sup> Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia n.º 819, de fecha 24.4.2002, *ibídem*, p. 143.

Dejemos establecido que *en el caso chileno, la reforma nada prevé sobre la materia*, lo que tendrá por tanto que ser regulado en la LOC del Tribunal Constitucional, que deberá ser modificada.

El problema se suscita también respecto de los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno en virtud de una ley delegatoria o habilitante, si los decretos con fuerza de ley dictados en virtud de esta última exceden el marco de habilitación o cuando invaden el ámbito del legislador ordinario o del legislador de quórum calificado o vulneran derechos constitucionales.

En fallo reciente del Tribunal Constitucional en esta hipótesis, en el que determinó la inconstitucionalidad del decreto con fuerza de ley n.º 21, de 2003, del Ministerio de Hacienda, la sentencia estableció que el gobierno había sobrepasado los límites de la ley delegatoria, resultando en consecuencia inconstitucional por vulnerar los artículos 61, inciso 4, 7 y 60 de la Carta Fundamental, invadiendo el campo que es propio y exclusivo del legislador. Dicha sentencia en su parte resolutive declara la inconstitucionalidad del decreto con fuerza de ley,<sup>19</sup> el que se produce con efectos *ex tunc* implícitos, ya que la materia no está regulada en la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal, por lo que las nominaciones que ya había realizado el gobierno en el directorio de la institución quedaron anuladas.

#### 2.5.4. *Los efectos prospectivos de las sentencias*

Estas sentencias modulan sus efectos en el tiempo, buscando la solución considerada más justa y determinando la fecha desde la que producirán efectos, lo que permite al legislador actuar antes y adecuar el ordenamiento jurídico a la Constitución. Así, los efectos de la sentencia son *pro futuro*, evitando los efectos más perniciosos que podría producir la eliminación inmediata de la norma legal del ordenamiento jurídico.

Esta perspectiva ha sido desarrollada por la Corte Constitucional de Alemania y es seguida por diversos otros tribunales constitucionales, entre ellos, la Corte Constitucional colombiana.

La *Corte Constitucional de Colombia*, en sentencia C-221 de 1997, justificó las sentencias prospectivas señalando que “la aparente paradoja de que la Corte constate la inconstitucionalidad material de una norma pero decida mantener su vigencia, ya que en estos casos resulta todavía más inconstitucional la expulsión de la disposición acusada del ordenamiento por los graves efectos que ella acarrea sobre otros principios constitucionales”.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional roles 392, 393 y 394, acumulados, de fecha 18.11.2003, publicada en el *Diario Oficial*, 21 de noviembre de 2003, pp. 1-4.

<sup>20</sup> Alejandro Martínez Caballero: o. cit., 2001, p. 406.

Ellas también han sido utilizadas por el *Tribunal Constitucional de Bolivia*, el cual en la sentencia n.º 082/2000, refiriéndose a las normas impugnadas de inconstitucionalidad en recurso incidental por el Tribunal Agrario Nacional, señaló: “Si las declara constitucionales de manera pura y simple estaría convalidado actos inconstitucionales, pero por otro lado, si las declara inconstitucionales con un efecto inmediato que signifique su expulsión del ordenamiento jurídico estaría generando un peligroso vacío jurídico, cuyo efecto sería más negativo que el anterior, máxime si se toma en cuenta que en este periodo de transición democrática aún existen en vigencia muchas disposiciones legales que han sido aprobadas mediante Decreto Ley”. Resolvió así declarar la constitucionalidad, con vigencia temporal de dos años a partir de citación con la sentencia, de las disposiciones legales impugnadas, y exhortar además al Poder Legislativo para que en un plazo máximo de dos años subsanara los vicios de origen de las disposiciones legales, bajo conminatoria de retirarlas del ordenamiento jurídico nacional en caso de incumplimiento.<sup>21</sup>

Dichas sentencias responden al temor de los tribunales constitucionales de crear a través de la sentencia estimativa de inconstitucionalidad un grave vacío normativo, junto con la realidad de no poder emitir una sentencia aditiva, 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, que tiene el deber de optar por una de las soluciones alternativas posibles.

Estas sentencias constitucionales evalúan los perjuicios mayores que puede producir la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad con efectos inmediatos, la cual puede producir un mal mayor que el que se busca evitar. De esta manera se otorga un plazo razonable al legislador para que desarrolle su tarea de configurar el ordenamiento jurídico en conformidad con la Constitución, superando los vicios actualmente existentes, con lo que da plena fuerza normativa a la Constitución.

#### 2.5.5. *Consideraciones sobre los efectos de las sentencias en el tiempo*

Puede concluirse entonces la inexistencia de reglas rígidas sobre los efectos de las sentencias en el tiempo, las que tienen o no efectos retroactivos o *pro futuro*, en una tensión permanente entre la supremacía constitucional, la igualdad ante el derecho y la justicia, por una parte, y la seguridad jurídica y la cosa juzgada, por la otra.

Cada ordenamiento jurídico hace las respectivas opciones, posibilitando algunas modulaciones o excepciones a la regla general. Asimismo, nos parece adecuada la existencia de algunos parámetros objetivos básicos a los cuales deba ceñirse el juez constitucional en la determinación de los efectos de los fallos en el tiempo, con el

---

<sup>21</sup> Véase José Antonio Rivera Santiváñez: *Jurisdicción constitucional. Procedimientos constitucionales en Bolivia*, Cochabamba: Kipus, 2001, p. 115.

objeto de dotar de alguna seguridad mínima a la ciudadanía, sin dejar a la absoluta discrecionalidad del Tribunal Constitucional la resolución de la materia caso a caso, por lo que dichos criterios generales deberían quedar determinados en la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

### 3. Consideraciones finales

La incorporación del control represivo o *ex post* de constitucionalidad de preceptos legales a través de la reforma constitucional de 2005 introduce un juicio incidental de inconstitucionalidad con modalidad de control concreto y efectos interpartes, como asimismo un control complementario del primero, que se exige como requisito y que habilita un control abstracto de preceptos legales por vía de acción popular que permite expulsar del ordenamiento jurídico preceptos considerados inconstitucionales por los dos tercios del pleno del Tribunal Constitucional.

El constituyente derivado no ha establecido criterios básicos respecto de los efectos de los fallos en control abstracto *ex post*, lo que deberá ser regulado por la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, junto con muchos otros aspectos nuevos que dicho cuerpo legal deberá asumir, fijando los criterios para determinar el valor de cosa juzgada formal y material de los fallos, su carácter relativo o absoluto, la determinación de los criterios de modulación de los efectos de las sentencias en el tiempo, la determinación del imperio de las sentencias constitucionales, el valor de los considerandos que constituyan *ratio decidendi* de un fallo, tanto para el propio Tribunal Constitucional como para los tribunales ordinarios y especiales.

Este artículo sólo hace presentes las diversas alternativas existentes en la materia en el derecho comparado y algunos problemas teóricos y prácticos que presenta la introducción de las nuevas modalidades de control *ex post* de constitucionalidad asumidas por el Tribunal Constitucional chileno de acuerdo con la reforma constitucional en curso.