



Lautaro Ríos Álvarez (Chile)*

Análisis crítico de la acción de inconstitucionalidad en el derecho chileno, con referencias al derecho comparado

RESUMEN

Este artículo pone en relieve la incoherencia consistente en exigir, como requisito de procedencia de la acción de inconstitucionalidad, la declaración previa de inaplicabilidad de la norma cuestionada. Ambas acciones pertenecen a esferas distintas del control de constitucionalidad de la ley y tienen fundamentos, finalidades y efectos diferentes. Ni en el derecho constitucional americano ni en el europeo se supedita aquella acción a la estimación previa de esta. Se concluye la necesidad de independizar ambas acciones dando a cada una su perfil propio.

Palabras clave: proceso constitucional, control de constitucionalidad, acción de inconstitucionalidad, inaplicabilidad por inconstitucionalidad, derecho comparado, Chile.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel befasst sich mit der Inkoherenz, die darin besteht, als Bedingung für die Zulässigkeit einer Normenkontrolle die vorherige Erklärung der Unanwendbarkeit der in Frage stehenden Norm zu verlangen. Die beiden Aktionen gehören zu unterschiedlichen Sphären der Überprüfung der Verfassungsmässigkeit eines Gesetzes und haben unterschiedliche Grundlagen, Zielsetzungen und Wirkungen. Weder im amerikanischen noch im europäischen Verfassungsrecht hängt die genannte Aktion von einer vorherigen Beurteilung ab. Daraus folgt die Notwendigkeit, die beiden Aktionen voneinander zu trennen und ihnen jeweils ein eigenes Profil zu geben.

Schlagwörter: Verfassungsgerichtsprozess, Verfassungsklage, Normenkontrolle, Unanwendbarkeit wegen Verfassungswidrigkeit, Rechtsvergleichung, Chile.

*Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Valparaíso. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Vicepresidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Profesor extraordinario de la Universidad Católica del Norte de Tucumán. Miembro correspondiente de las Asociaciones Argentina y Peruana de Derecho Constitucional. <estudiorios@entelchile.net>

ABSTRACT

This paper highlights the inconsistency of demanding, as a necessary requirement for the unconstitutionality action, the previous declaration of inapplicability of the questioned provision. Both actions belong to different spheres of the control of constitutionality of the law, and their foundation, purpose and effect are also different. Neither the American nor the European constitutional law establishes the condition for such action to a previous evaluation of the provision. The conclusion reached is the need to separate and make both actions mutually independent, giving each one its proper profile.

Keywords: Constitutional process, constitutionality control, unconstitutionality plea, inapplicability by reason of unconstitutionality, comparative law, Chile.

1. Fundamento de la acción de inconstitucionalidad de la ley

Esta acción hunde sus raíces en el principio capital, puesto en relieve por el constitucionalismo norteamericano, consistente en la supremacía de la Constitución.¹

Nunca hubiera imaginado sir William Blackstone que algún día un órgano —ni siquiera electivo— echaría por tierra su soberbia convicción de que lo que decide el Parlamento ninguna autoridad sobre la tierra puede deshacerlo.²

La Carta Fundamental no es solo la malla de reglas básicas sobre las cuales se elabora el tejido normativo del Estado. Esas reglas básicas son el receptáculo de los valores vigentes en una sociedad, y contienen también la nervadura —necesariamente polarizada y armónica— de los principios orientadores del resto del ordenamiento jurídico.

De allí que si en la cultura jurídica de un pueblo existe la convicción y el respeto por la supremacía de la Constitución, de sus valores, de sus principios y de sus reglas, la consecuencia necesaria es controlar la coherencia de las normas que se dictan con su matriz y evitar que junto con esta puedan coexistir preceptos opuestos o incompatibles con ella.

Con razón el juez Marshall, presidiendo la Suprema Corte Federal de Justicia de los Estados Unidos, pudo sentenciar lo siguiente:

Entre estas alternativas no hay término medio. O la Constitución es una ley excelsa, inmodificable por los medios ordinarios, o bien se encuentra en un mismo plano con las disposiciones legislativas comunes y, a semejanza de otros actos, es alterable cuando a la legislatura le plazca modificarla. Si la primera parte de la alternativa es la cierta, entonces una disposición legislativa que se oponga a la Constitución no es una ley; si la correcta es la última parte, las constituciones escritas resultarían ser intentos absurdos, por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia esencia es ilimitable.³

¹ Véase Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 1982, p. 123.

² William Blackstone (1723-1780): *Comentario de las Leyes de Inglaterra*, libro I, cap. II.

³ Véase fallo *Marbury vs. Madison* en Richard B. Morris: *Documentos fundamentales de la historia de los Estados Unidos de Norteamérica*, México: Limusa, pp. 134 ss., 1986.

2. Finalidad de esta acción

La acción de inconstitucionalidad —como se ha expresado gráficamente— tiene por objeto expulsar del ordenamiento jurídico aquella norma vigente que sea contraria a la Carta Fundamental, en virtud de la supremacía normativa de esta y en resguardo de la coherencia con ella del resto del universo preceptivo que —por las mismas razones— debe estarle subordinado.

La acción de inconstitucionalidad controla y preserva el “ADN” de la Constitución en relación con su descendencia legítima. Y procura restablecerlo cuando detecta preceptos espurios cuya identidad no exhibe el debido parentesco con la Carta Fundamental.

Esta tarea no es sencilla. Hay ocasiones en que lo esencial de la norma cuestionada —el precepto per se— no es contrario a la Constitución, sino que lo es el efecto que produce su aplicación a un caso particular. Entonces estamos en presencia de una situación de *inaplicabilidad* de la norma legal a ese caso concreto, pero no frente a una incompatibilidad abstracta y general de dicha norma con la Carta Fundamental.

El fallo de inconstitucionalidad rol n.º 681/2006 del Tribunal Constitucional (TC) contiene valiosas indicaciones acerca del examen de la norma legal impugnada, que es prudente hacer antes de declarar su inconstitucionalidad.⁴

Además del resultado previsto cuando se acoge una acción de inconstitucionalidad, es oportuno señalar que, tanto en ese evento como cuando la acción resulta rechazada, la decisión robustece la certeza jurídica en el orden legal y —por ende— despeja la incertidumbre que provoca la vigencia de ciertas normas de trayectoria fronteriza con la inconstitucionalidad.

Otro efecto no desdeñable de la acción de inconstitucionalidad es que su sola presencia desalienta las iniciativas legales contrarias a la Constitución.

3. La acción de inconstitucionalidad en el derecho constitucional chileno

Esta acción constituye un avance cualitativo de importancia trascendental en nuestro sistema jurídico.

En primer lugar, porque otorga el máximo grado de eficacia al principio de supremacía de la Constitución tan vigorosamente formulado en su artículo 6.º. La Carta Fundamental ya no solo vincula directamente a todos los órganos del Estado, incluidos el juez y el legislador, sino que también elimina del universo legislativo los preceptos dictados en contravención a ella.

⁴ Véanse considerandos 8.º al 10.º del fallo rol 681/06 del TC sobre inconstitucionalidad, en *Diario Oficial* (DO) del 29.3.2007. Sentencia redactada por la ministra doña Marisol Peña Torres.

En segundo lugar, dota al TC —llamado a ser, en feliz expresión, el supremo guardián de la Constitución— del arma más poderosa de su arsenal de atribuciones destinado a defenderla de agresiones normativas.

Y en último término —aunque no en un lugar subalterno— otorga a los gobernados un excelente instrumento de participación en defensa de la supremacía de la Constitución, mediante el ejercicio de esta acción pública.

No obstante estas alentadoras circunstancias, a tres años de su instauración por la reforma constitucional del 2005, esta acción casi no ha sido utilizada; no porque no existan normas legales de dudosa constitucionalidad, sino tal vez por no hallarse todavía regulado su procedimiento, como habría sido de esperar.

4. Requisitos de procedencia y de estimación de la acción de inconstitucionalidad

Para que proceda la acción de inconstitucionalidad —o su declaración de oficio— en nuestro sistema constitucional, es necesario que concurran copulativamente los siguientes requisitos: a) que se impugne, por ser contraria a la Constitución, una norma de rango legal en sentido amplio; b) que dicha norma haya sido previamente declarada inaplicable por sentencia ejecutoriada del Tribunal Constitucional; c) aunque este requisito no está establecido en la Constitución, nos parece coherente con la lógica del sistema que dicha inaplicabilidad se haya declarado por idéntico motivo por el que se cuestiona la inconstitucionalidad de la norma, y d) que ejercite la acción una persona capaz de comparecer en juicio, toda vez que se trata de una acción pública.

Ahora bien, para que la acción sea acogida se requiere: a) que haya sido, en su oportunidad, declarada admisible; b) que se hayan cumplido todos los trámites procesales preceptivos propios de esta acción;⁵ c) que la impugnación del precepto legal por su inconstitucionalidad se funde razonablemente en la incompatibilidad per se entre dicho precepto y la(s) norma(s) de la Carta Fundamental que se pretende(n) infringida(s) por aquel,⁶ y d) que la inconstitucionalidad sea pronunciada por la mayoría de los cuatro quintos de los integrantes en ejercicio del TC reunido en pleno, es decir, por no menos de ocho de sus miembros.

5. Incoherencia entre el requisito de inaplicabilidad del precepto legal y la naturaleza de la acción de inconstitucionalidad de este

Como se sabe, es requisito esencial para la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal que este haya sido previamente declarado inaplicable en un asunto

⁵ Resulta sorprendente que a más de tres años transcurridos desde la reforma constitucional de la ley n.º 20050, del 26.8.2005, aún el Congreso Nacional no apruebe la necesaria reforma de la LOC del TC, cuyo texto vigente no contempla el procedimiento de esta acción (artículo 93, inciso 12.º, oración 2.ª, CPR).

⁶ Véase el fallo del TC citado en la nota 4, considerados 22.º al 26.º

sometido a la decisión de un tribunal ordinario o especial (artículo 93, n.º 7, del CPR). Sin embargo, la declaración de inaplicabilidad de una norma legal pertenece a una órbita distinta de su juicio de inconstitucionalidad.

En primer lugar, la inaplicabilidad de un precepto legal se plantea necesariamente en el plano judicial, pues es allí donde se plantean o discuten derechos subjetivos. En cambio, bien puede ocurrir que un precepto legal, a pesar de su manifiesta inconstitucionalidad, no sea susceptible de generar un conflicto de esa índole o sea difícilmente justiciable. Existen —a modo de ejemplo— normas legales orgánicas de servicios del Estado o atributivas de facultades, que jamás serán puestas en tela de juicio ante un tribunal ordinario o especial, no obstante contravenir la Constitución, por no afectar derechos subjetivos. ¿Cómo impugnar la inconstitucionalidad de tales normas que nunca pasarán por el cedazo judicial de su inaplicabilidad?

Por otra parte, la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal está prevista para el caso concreto y particular en que su aplicación a ese caso resulte contraria a la Constitución. De allí que también su efecto sea interpartes, para el caso o situación en que ella se declara. De allí también que este efecto restringido no vulnere el principio de igualdad. Por todo ello, esta acción pertenece a la rama del *control concreto* de constitucionalidad.

En cambio, la declaración de inconstitucionalidad *carece de relación necesaria con un caso particular sometido a un tribunal de justicia*. Está prevista para examinar la norma cuestionada sin respecto a situación particular alguna, esto es, en su generalidad y abstracción, frente a la abstracción y generalidad de la Constitución. Por eso esta acción se inscribe en la esfera del *control abstracto* de constitucionalidad.

No existe, pues, una paridad de situaciones que justifique que la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal deba constituir un requisito de procesabilidad de la declaración de inconstitucionalidad de la misma norma.

Agrava esta incoherencia la circunstancia de que, si bien la acción de inaplicabilidad requiere la existencia de un caso judicializado con respecto al cual ella se declare, la inconstitucionalidad de una norma no requiere referente judicial alguno, sino solo de un tribunal competente para declararla cuando ello proceda.

6. Los requisitos de la acción de inconstitucionalidad en el derecho constitucional comparado

Ya que la acción de inconstitucionalidad se ha ido extendiendo, tanto en América como en Europa, resulta pertinente examinar si en alguno de los estados que la contemplan se exige el curioso requisito de la declaración previa de inaplicabilidad de una norma a un caso particular para poder avanzar hacia su expulsión del universo legislativo debido a su inconstitucionalidad.

Como se sabe, en el continente americano existen cuatro países —además de Chile— dotados de tribunales constitucionales, con los cuales efectuaremos la comparación, de modo que esta se verifique sobre un mismo riel. Estos países son Perú, Bolivia, Colombia y Ecuador.

En Europa hemos seleccionado los casos emblemáticos de Austria —creadora del primer TC en el mundo—, Alemania, Italia, Portugal y España.

6.1. La acción de inconstitucionalidad en el derecho constitucional americano

6.1.1. *La acción de inconstitucionalidad en el Perú*

El TC peruano fue instituido por la Constitución de 1993, en sustitución del Tribunal de Garantías Constitucionales, creado por la de 1979, que alcanzó a funcionar durante una década: 1982-1992.⁷

Dice el artículo 202 de la Carta vigente:

Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, *la acción de inconstitucionalidad*.⁸

El artículo 200.4 especifica que dicha acción “procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”.

El artículo 203 regula la legitimación activa para ejercerla del modo siguiente:

Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:

1. El Presidente de la República;
2. El Fiscal de la Nación;
3. El Defensor del Pueblo;
4. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas;
5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado.
6. Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional o los alcaldes provisionales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia.
7. Los colegios profesionales en materias de su especialidad.

El artículo 204 regula los efectos de la sentencia estimativa. Dice así:

⁷ Perú cuenta con el primer Código Procesal Constitucional de Sudamérica, contenido en la ley n.º 28237, del 31.5.2004, cuyo título VIII regula el proceso de inconstitucionalidad.

⁸ Cursivas añadidas. La actual Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es la n.º 28301 y entró en vigencia junto con el Código Procesal Constitucional, el 31.11.2004.

La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el Diario Oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.

No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.

Resulta extraordinariamente relevante el artículo 205, el cual, internacionalizando la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, dice así:

Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte.⁹

6.1.2. La acción de inconstitucionalidad en Bolivia

El TC boliviano fue incorporado a la Carta Fundamental por la Ley de Reforma Constitucional n.º 1585, del 12.8.1994. Aunque es un tribunal “independiente y estar sometido solo a la Constitución” (artículo 119), forma parte del Poder Judicial, conforme a su artículo 116.

El artículo 120, que precisa su competencia, dice en lo pertinente a este estudio:

Son atribuciones del Tribunal Constitucional conocer y resolver:

1.^a En única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales. Si la acción es de carácter abstracto o remedial, solo podrán interponerla el Presidente de la República, o cualquier Senador o Diputado, el Fiscal General de la República o el Defensor del Pueblo.

El artículo 121 regula los efectos de sus sentencias del siguiente modo:

I. Contra las sentencias y autos del Tribunal Constitucional no cabe recurso ulterior alguno.

II. La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, hace inaplicable la norma impugnada y surte plenos efectos respecto a todos. La sentencia que se refiera a un derecho subjetivo controvertido, se limitará a declarar su inaplicabilidad al caso concreto.

⁹ Véanse Francisco Eguiguren Praeli: “Poder Judicial y Tribunal Constitucional en el Perú”, en *Ius et Praxis*, año 4, n.º 1, 1998, p. 61; Domingo García Belaunde: *Derecho procesal constitucional*, Bogotá: Temis, 2001; ídem: *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, Lima: Grijley, 2003; Eloy Espinosa-Saldaña Barrera: *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso*, Lima: ARA, 2003; ídem: *Código Procesal Constitucional*, Lima: Palestra, 2004; Castañeda, Espinosa-Saldaña, Carpio y Sáenz: *Introducción a los procesos constitucionales*, Lima: Jurista, 2005.

III. Salvo que la sentencia disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la norma en las partes no afectadas por la inconstitucionalidad. La sentencia de inconstitucionalidad no afectará a sentencias anteriores que tengan calidad de cosa juzgada.

IV. La Ley reglamenta la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, así como las condiciones para la admisión de los recursos y sus procedimientos.¹⁰

6.1 3. La acción de inconstitucionalidad en Colombia

La Corte Constitucional de Colombia tiene su origen en la Asamblea Nacional Constituyente que aprobó la Carta vigente, promulgada en la *Gaceta Constitucional* n.º 114, del 7 de julio de 1991.

La acción de inconstitucionalidad —conforme al artículo 40, n.º 6, del Código Político— “se vincula expresamente con el *derecho de todo ciudadano* de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político”. Con ese propósito se otorga al ciudadano la facultad de “interponer *acciones públicas* en defensa de la Constitución y de la ley”.¹¹ Por tratarse de una acción de naturaleza política y fundamento participativo, no pueden intentarla las personas jurídicas; pero sí el gobierno (artículo 241, n.º 8), ciertos órganos del Estado como el procurador de la Nación (artículo 242, n.º 2) o el defensor del Pueblo (Corte Constitucional, auto acordado 014/95).

Dice el artículo 241 de la Carta —en relación con el control abstracto y remedial que venimos tratando— lo siguiente:

A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquier que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación.

[...]

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presentaren los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

¹⁰ Véanse Benjamín M. Harb: “La jurisdicción constitucional en Bolivia”, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid: Dyckinson, 1997, pp. 335 ss., y Edgar Montaña P.: “Corte Suprema y Tribunal Constitucional bolivianos: competencias y relaciones”, en *Ius et Praxis*, año 4, n.º 1, 1998, p. 121.

¹¹ Cursivas añadidas. Véase Eduardo Cifuentes Muñoz: “La jurisdicción constitucional en Colombia”, en García Belaunde y Fernández Segado (coords.): o. cit. (nota 10), pp. 473 ss.

[...]

7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dice el gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución [estados de excepción constitucional].

Con respecto a la fuerza vinculante de las sentencias de la Corte, el artículo 243 prescribe:

Los fallos que la Corte 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 ordinaria y la Constitución.

6.1.4. La acción de inconstitucionalidad en el Ecuador

La Constitución de este país hermano, aprobada por referéndum en 1978 y que rige desde el 10 de agosto de 1979, sustituyó —luego de sucesivas reformas, que culminaron en la Asamblea Nacional Constituyente de 1997, clausurada en Riobamba en 1998— al Tribunal de Garantías creado originalmente en la Carta de 1945 y dio origen al actual Tribunal Constitucional, ubicado en el título XIII de la Carta Política que lleva por epígrafe “De la Supremacía, del Control y de la Reforma de la Constitución”.¹²

El artículo 276 dispone —en lo que concierne al control abstracto y correctivo de normas— lo siguiente:

Competerá al Tribunal Constitucional:

1. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado, y suspender total o parcialmente sus efectos.

En cuanto a la legitimación activa para esgrimir esta acción, el artículo 277 dispone:

Las demandas de inconstitucionalidad podrán ser presentadas por:

1. El Presidente de la República, en los casos previstos en el número 1 del Artículo 276.
2. El Congreso Nacional, previa resolución de la mayoría de sus miembros, en los casos previstos en los números 1 y 2 del mismo artículo.¹³

¹² Véase Hernán Salgado Pesantes: “La jurisdicción constitucional en el Ecuador”, en García Belaunde y Fernández Segado (coords.): o. cit. (nota 10), pp. 575 ss.

¹³ El número 2 del artículo 276 atañe a la inconstitucionalidad de actos administrativos.

3. La Corte Suprema de Justicia, previa resolución del Tribunal en Pleno, en los casos descritos en los números 1 y 2 del mismo artículo.
4. Los consejos provinciales o los concejos municipales, en los casos señalados en el número 2 del mismo artículo.
5. Mil ciudadanos en goce de derechos políticos o cualquier persona previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia, en los casos de los números 1 y 2 del mismo artículo.

Los efectos de las sentencias estimatorias del TC están previstos en el artículo 278, que dice así:

La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y será promulgada en el Registro Oficial. Entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación y dejará sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional. La declaratoria no tendrá efecto retroactivo, ni respecto de ella habrá recurso alguno.

Interesa destacar la solución dada por la Carta Política de Colombia, la que otorga a todos los ciudadanos —reconociéndoles el derecho de *participar* en la conformación, el ejercicio y el control del poder político— las acciones públicas en defensa de la constitucionalidad de la ley.

Cabe recordar también que —en el caso de Ecuador— puede accionar la inconstitucionalidad *cualquiera persona*, con el único requisito de obtener previamente el informe favorable del defensor del Pueblo acerca de la procedencia de la acción.

Se trata, pues, de dos casos ejemplares de participación ciudadana en defensa de la supremacía de la Constitución.

Podemos constatar —con lo dicho hasta aquí— que entre los cinco países de Sudamérica que cuentan con un Tribunal Constitucional, Chile es la única república que supedita el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad a la dictación de una sentencia previa declaratoria de la inaplicabilidad de la misma norma cuestionada.

6.2. La acción de inconstitucionalidad en el mundo europeo

En Europa existen tribunales que ejercen un control preventivo de constitucionalidad —como el Consejo Constitucional francés—; otros que solo ejercen potestades correctivas —como el TC Federal austríaco, el alemán o el español—, y otros, en fin, que efectúan tanto el control preventivo como el correctivo de constitucionalidad de las normas y pueden ejercer tanto el control abstracto de normas como el control concreto en casos particulares —como ocurre con el TC portugués.¹⁴

En este trabajo nos limitaremos a revisar la acción de inconstitucionalidad, de carácter abstracto y correctivo, de la que conocen los TC de Austria —patria del primer

¹⁴ Véase el Informe general introductorio de Louis Favoreu en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

Tribunal Constitucional, creado en Europa en 1926—, de Alemania, de Italia, de Portugal y de España.

6.2.1. *La acción de inconstitucionalidad en Austria*

Félix Ermacora ha dicho:

La gran novedad que el control de constitucionalidad aportó en [la Carta de] 1920 consiste en que dicho control *recae sobre las leyes*, control que no era posible bajo el régimen monárquico.¹⁵

La Ley Constitucional Federal de Austria,¹⁶ en su artículo 140.1, dice:

El Tribunal Constitucional conocerá de la posible inconstitucionalidad de una ley federal o regional a instancias del Tribunal Administrativo, del Tribunal Supremo o de cualquier tribunal llamado a resolver en segunda instancia o de una Sala independiente de lo Contencioso-Administrativo, así como de oficio, cuando el propio Tribunal Constitucional tenga que aplicar la ley a un litigio pendiente. Conocerá asimismo de la posible inconstitucionalidad de las leyes regionales a instancias, en su caso, de un Gobierno Regional, de un tercio de los diputados al Consejo Nacional o de la tercera parte de los miembros del Consejo Federal. Se podrá disponer por ley regional constitucional que tenga también este derecho a solicitar la declaración de inconstitucionalidad de leyes regionales una tercera parte de los miembros de la Dieta Regional. El Tribunal Constitucional conocerá también de la presunta inconstitucionalidad de las leyes a instancias de toda persona que afirme haber sido directamente lesionada en sus derechos por esa inconstitucionalidad, en el supuesto de que la ley haya surtido efecto sobre esa persona sin necesidad de que se dictase sentencia por un tribunal o acto administrativo alguno [...].

En relación con los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, el artículo 140.5 dispone:

El fallo del Tribunal Constitucional por el que se anule una ley como inconstitucional, obligará al Canciller Federal o al Gobernador Regional competente a publicar sin demora la derogación [...]. 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 dieciocho meses.

¹⁵ Véase Félix Ermacora: “El Tribunal Constitucional austríaco”, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, o. cit. (nota 14), pp. 267 ss.

¹⁶ La Constitución austríaca fue promulgada el 1.º.10.1920. Fue profundamente revisada por ley de reforma del 7.12.1929. Fue anulada en 1934 al abolir el canciller Dolfuss el sistema parlamentario, y fue restablecida el 1.º.5.1945 por ley constitucional, días antes de la capitulación del III Reich.

Agrega el artículo 140.6:

Anulada por el Tribunal Constitucional una ley como inconstitucional, volverán a entrar en vigor el día mismo en que surta efecto la derogación, a menos que el fallo haya dispuesto otra cosa, las disposiciones legales derogadas por la ley que el tribunal haya declarado inconstitucional. Se especificará, además, en la publicación relativa a la anulación de la ley, si vuelve a entrar en vigor alguna disposición legal, y en caso afirmativo, cuáles.

6.2.2. La acción de inconstitucionalidad en la República Federal de Alemania

Ha dicho el Prof. Klaus Schlaich:

La Constitución Federal ha adquirido [...] la cualidad de una ley:

- que prevalece sobre las restantes leyes (supremacía de la Constitución);
- que puede ser directamente aplicable para la solución de un caso concreto;
- y para la garantía de la cual se ha establecido una jurisdicción particular: la Jurisdicción Constitucional o *Verfassungsgerichtsbarkeit*.¹⁷

El artículo 93.1 de la Constitución Federal alemana prescribe que el TC Federal decidirá:

2) En los casos de discrepancia o de dudas sobre la compatibilidad formal y material del derecho federal o del derecho de un Estado con la presente Ley Fundamental, o sobre la compatibilidad del derecho de un Estado con otras normas de derecho federal, a petición de un Gobierno regional o de un tercio de los componentes de la Dieta Federal; [...].

Por su parte, el artículo 94.2 precisa:

Una ley federal regulará la composición y el procedimiento del Tribunal y determinará en qué casos sus decisiones tendrán fuerza de ley. Dicha ley podrá disponer que para los recursos constitucionales sea condición necesaria el agotamiento previo de la vía judicial, así como prever un procedimiento especial de admisión de los asuntos.

La Ley del Tribunal Constitucional Federal es la de 11 de agosto de 1993.

¹⁷ Klaus Schlaich: “El Tribunal Constitucional Federal Alemán”, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, o. cit. (nota 14), p. 133 ss.

6.2.3. *La acción de inconstitucionalidad en Italia*

Según Alessandro Pizzorusso:

El control de constitucionalidad de las leyes fue introducido en Italia por primera vez de forma explícita por la Constitución de la República que entró en vigor el 1.º de enero de 1948; sin embargo, el Tribunal Constitucional no pudo comenzar a funcionar hasta ocho años más tarde, cuando una ley de 1953 estableció las disposiciones complementarias de puesta en práctica de las normas constitucionales.¹⁸

La Corte Costituzionale italiana está ubicada en el título sexto de la Carta Fundamental que trata “De las Garantías Constitucionales”.

El artículo 134 prescribe:

La Corte Constitucional juzgará:

- las disputas sobre legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley del Estado y de las regiones; [...].

Por su parte, el artículo 136 dispone:

Cuando la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad de una disposición legislativa o de algún acto con rango de ley, la norma dejará de surtir efecto desde el día siguiente al de la publicación de la sentencia.

La resolución del tribunal se publicará y notificará a las Cámaras y a los Consejos Regionales afectados a fin de que, si lo consideran necesario, provean conforme a las formalidades establecidas en esta Constitución.

El artículo 137 señala:

Se establecerán por ley constitucional las condiciones, formas, plazos de interposición de los recursos de inconstitucionalidad y las garantías de independencia de los jueces.

La ley que regula los procesos de inconstitucionalidad y las garantías de independencia de la Corte es la del 9 de febrero de 1953.

El inciso final del artículo 137 dispone:

No se dará recurso alguno contra las resoluciones de la Corte Constitucional.

¹⁸ Alessandro Pizzorusso: “El Tribunal Constitucional italiano”, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, o. cit. (nota 14), pp. 233 ss.

6.2.4. *La acción de inconstitucionalidad en Portugal*

La Constitución Política portuguesa de 1976 definió, en su artículo 223, al Tribunal Constitucional como “el tribunal al que compete específicamente administrar justicia en materias de naturaleza jurídico-constitucional”.

Más adelante, en la parte cuarta, que trata “De la garantía y revisión de la Constitución”, ella se refiere al “Control de constitucionalidad”.

El artículo 277.1 prescribe:

Serán inconstitucionales las normas que infrinjan lo dispuesto en la Constitución o los principios establecidos en ella.

El artículo 281 se refiere a la “Fiscalización abstracta de la constitucionalidad y la legalidad”, en los siguientes términos:

1. El Tribunal Constitucional examinará y declarará con fuerza general de obligar:
 - a. La inconstitucionalidad de cualesquiera normas.
 - b. La ilegalidad de cualesquiera normas contenidas en actos legislativos, basada en violación de una ley de valor reforzado.
 - c. La ilegalidad de cualesquiera normas contenidas en un texto regional, basada en la violación del Estatuto de la región o de una ley general de la República.
 - d. La ilegalidad de cualesquiera normas contenidas en un texto emanado por los órganos de soberanía, por razón de que han violado los derechos de una región consagrados en su Estatuto.

El artículo 281.2 se refiere a la legitimación para accionar. Dice así:

Podrán recurrir al Tribunal Constitucional para que dicte declaración de inconstitucionalidad o de ilegalidad, con fuerza general de obligar:

- a. El Presidente de la República
- b. El Presidente de la Asamblea de la República
- c. El Primer Ministro
- d. El Defensor del Pueblo
- e. El Fiscal General de la República
- f. Una décima parte de los Diputados a la Asamblea de la República
- g. Los Ministros de la República, las asambleas legislativas regionales, los presidentes de las asambleas legislativas regionales, los presidentes de los gobiernos regionales o un décimo de los diputados a la respectiva asamblea regional, cuando la solicitud de declaración de inconstitucionalidad se base en una violación de los derechos de las regiones autónomas o la solicitud de declaración de ilegalidad se funde en una violación del Estatuto de la respectiva región o de una ley general de la República.

El artículo 282 regula los efectos de la sentencia estimativa, del siguiente modo:

1. La declaración de inconstitucionalidad con fuerza general de obligar surtirá efecto desde la entrada en vigor de la norma declarada inconstitucional o ilegal y llevará aparejado el restablecimiento de las normas eventualmente derogadas por aquella.
2. Si se trata, sin embargo, de inconstitucionalidad o bien de ilegalidad por infracción de norma constitucional o legal posterior, la declaración solo surtirá efecto desde la entrada en vigor de esta última.
3. Se exceptúan los casos ya juzgados, salvo decisión contraria del Tribunal Constitucional, cuando la norma se refiera a materia penal, disciplinaria o de simple ilícito administrativo y sea de contenido menos favorable al imputado.
4. Cuando lo exijan la seguridad jurídica, razones de equidad o un interés público de excepcional importancia, que deberá ser motivado, podrá el Tribunal Constitucional fijar los efectos de la inconstitucionalidad o de la ilegalidad con un alcance más restringido que el previsto en los apartados 1 y 2.¹⁹

6.2.5. *La acción de inconstitucionalidad en España*

La Constitución española de 1978 estableció un modelo de Tribunal Constitucional cuya conformación tripartita —al decir del Prof. Pablo Lucas Verdú— fue “importada de Italia” y cuya función —definida por el mismo tribunal— consiste en ser “intérprete y guardián de la Constitución, pero no del resto del ordenamiento jurídico” (STC n.º 78, del 9.7.1984).²⁰

La competencia de control abstracto y correctivo de constitucionalidad está contenida en el artículo 161.1, letra *a*, de la Carta Fundamental, que dice:

El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.

El párrafo 2 del mismo artículo establece:

El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas.

¹⁹ Véase Jorge Moura Loureiro de Miranda: “Controlo da constitucionalidade em Portugal”, en García Belaunde y Fernández Segado (coords.): o. cit. (nota 10), pp. 855 ss.

²⁰ Véase García de Enterría: o. cit. (nota 1). También Francisco Fernández Segado: “La jurisdicción constitucional en España”, en García Belaunde y Fernández Segado (coords.): o. cit. (nota 10), pp. 625 ss.

La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.

La legitimación activa en esta materia está regulada en el artículo 162.1, que dice:

Están legitimados: a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.

Los efectos de las sentencias están regulados en el artículo 164, que dice:

1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho tienen plenos efectos frente a todos.

2. Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad.

La ley orgánica n.º 2/1979, del 3 de octubre, regula el Estatuto de los miembros del Tribunal Constitucional y el procedimiento y las condiciones para el ejercicio de las acciones a que se refiere el artículo 165 de la Constitución española (BOE n.º 239, del 5.10.1979).

Nuevamente se constata, de la sucinta revisión hecha del panorama europeo, que ninguna Constitución condiciona el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad a la decisión jurisdiccional previa de la inaplicabilidad del mismo precepto legal.

La posición solitaria que —a este respecto— exhibe el ordenamiento constitucional chileno amerita el análisis crítico de ella, acerca del cual ya expresamos nuestro veredicto.

7. Conclusiones

7.1. Hemos descrito el fundamento de la acción de inconstitucionalidad de la ley, que no es otro que el resguardo efectivo del principio de supremacía de la Constitución.

7.2. Hemos señalado que la finalidad de esta acción —así como su declaración de oficio— consiste en eliminar del ordenamiento legal aquellos preceptos que no guardan coherencia ni se subordinan a los valores, principios y normas de la Carta Fundamental.

7.3. Hemos intentado señalar las diversas manifestaciones del progreso cualitativo que esta acción ha generado en el derecho constitucional chileno. También hemos procurado identificar los requisitos de procedencia de la acción de inconstitucionalidad, así como aquellos indispensables para su estimación.

7.4. Entre los requisitos de procedencia de la acción de inconstitucionalidad figura la declaración previa de inaplicabilidad de la norma legal cuestionada, efectuada por el TC. El acento crítico de este estudio se centra en la incoherencia de este requisito como paso previo y necesario para declarar la inconstitucionalidad de la misma norma. Se trata de dos acciones que corresponden a sistemas diferentes de control de constitucionalidad; la inaplicabilidad pertenece a la esfera del control concreto y —por ende— necesitado de intervención judicial decisoria; en cambio, la inconstitucionalidad se sitúa en la esfera del control abstracto y no requiere de la judicialización previa de caso alguno para operar.

7.5. Hemos practicado la revisión comparativa de la procedencia de la acción de inconstitucionalidad en el mundo americano, examinando su situación en Perú, Bolivia, Colombia y Ecuador. Hemos hecho similar examen en las constituciones europeas de Austria, Alemania, Italia, Portugal y España. Y en ninguna de las regulaciones constitucionales de estos Estados hemos podido encontrar la exigencia de un requisito tan insólito y confuso como el que impera en el caso chileno, cual es la declaración previa de inaplicabilidad de la norma cuestionada.

7.6. Estas consideraciones, así como el examen del derecho comparado, permiten concluir que nuestro sistema vigente en materia de acción de inconstitucionalidad no merece subsistir con el impropio requisito de procedencia señalado. Se hace necesario independizar la acción de inaplicabilidad de la acción de inconstitucionalidad, por pertenecer ambas a diferentes esferas de control de constitucionalidad.

7.7. Es cierto que la acción de inconstitucionalidad no puede quedar desprovista de limitaciones razonables en su ejercicio, ya que la ausencia de estos llevaría inevitablemente al eventual colapso del TC y —en todo caso— a la banalización de un instrumento tan serio e importante de control de constitucionalidad.

7.8. La manera de acotar el ejercicio de la acción tiene que buscar el camino señalado por la experiencia universal en el sentido de identificar clara y precisamente a qué órganos del Estado se legitima para el ejercicio de esta acción y —en el caso de abrir su ejercicio a la participación ciudadana— señalar qué instituciones o qué número de personas quedarán habilitadas para ejercitarla, sin descartar la posibilidad de mantener su carácter de acción pública acentuando los requisitos de admisibilidad.

Nunca es tarde para remediar una determinación apresurada.