



Universidad Austral de Chile

---

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Derecho

SENTENCIAS ATÍPICAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO  
EN EL MARCO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS  
LEYES

MAURICIO ALFONSO COLOMA BAEZ

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

PROFESOR PATROCINANTE: ANDRÉS BORDALÍ S.

VALDIVIA - CHILE

2012

Valdivia, marzo 9 de 2012

**Señor  
Director  
Instituto de Derecho Público  
Presente.-**

Por medio de la presente nota paso a informar la memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile de **D. MAURICIO ALFONSO COLOMA BAEZ**, titulada “Sentencias atípicas del Tribunal Constitucional chileno en el marco del control de constitucionalidad de las leyes”.

El trabajo del memorista parte de un problema jurídico concreto, que se refiere a determinar si el Tribunal Constitucional chileno, al igual que sus pares europeos, utiliza la técnica no prevista expresamente por el ordenamiento jurídico, de acudir a la dictación de las denominadas sentencias atípicas, lejanas de la concepción clásica y expresamente autorizada para los tribunales constitucionales, de dictar sentencias que eliminen determinados preceptos del ordenamiento jurídico. En definitiva, el estudiante se pregunta en el trabajo de tesis si nuestro Tribunal Constitucional ha abandonado la función de “legislador negativo” para abordar una más amplia y compleja función de, en algún sentido, “legislador positivo”.

El lenguaje y las formas gramaticales han sido utilizados correctamente por el tesista, lo que permite una fácil lectura y una comprensión de todos los extremos de la cuestión estudiada.

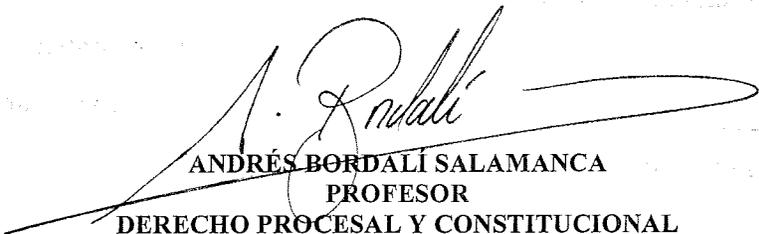
En cuanto a la bibliografía utilizada ésta es completa y actualizada y se encuentra bien citada. Asimismo, cita los principales fallos del Tribunal Constitucional chileno que se refieren al objeto de estudio.

Comentando el fondo del trabajo, señalaré la pertinencia del problema tratado y la plausibilidad de la hipótesis propuesta por el memorista. Los análisis sobre los tipos de sentencias que dicta nuestro Tribunal Constitucional y, especialmente, un análisis del contenido y razonamiento de esos fallos, ha sido escasamente abordado en nuestro medio. El estudio de este

tema es especialmente apremiante en nuestro medio, pues contamos con un tribunal de justicia constitucional con competencias exorbitantes, lo que en una versión clásica de la justicia constitucional implica de por sí un freno muy importante a la manifestación de la voluntad popular expresada en la producción del Congreso Nacional. Pero si a eso le agregamos que el Tribunal Constitucional realiza interpretaciones a los proyectos de ley y de las leyes vigentes, ello no solo significa una limitación más para la soberanía popular, sino también es en algún sentido un freno a la labor de interpretación y aplicación de las leyes en los casos concretos que corresponde a los tribunales de la judicatura ordinaria. Lo anterior tiene la agravante de que estas sentencias atípicas que superan el rol de mera anulación, derogación o, en nuestro caso, de inaplicación de la ley, no tienen reconocimiento en el ordenamiento jurídico nacional, al menos de una manera expresa.

Se trata en definitiva de un estudio crítico, completo y bastante novedoso en nuestro medio jurídico, lo que debe ser valorado muy positivamente.

De conformidad con lo expresado, informo la presente memoria “Aprobada para empaste” con nota 6.5 (seis como cinco).



**ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA**  
**PROFESOR**  
**DERECHO PROCESAL Y CONSTITUCIONAL**

# ÍNDICE

	<u>Página</u>
<b>I.-INTRODUCCION.....</b>	<b>3</b>
<b>II.- CAPÍTULO I: ¿Del legislador negativo al legislador positivo?</b>	
1.- El legislador negativo.....	5
2.- El objeto del control de constitucionalidad.....	7
3.- Las sentencias atípicas.....	9
4.- Clasificación de las sentencias atípicas.....	10
5.- Fundamentación de las sentencias atípicas.....	13
6.- Críticas a las sentencias atípicas.....	14
7.- Las sentencias atípicas y sus conflictos con la jurisdicción ordinaria.....	16
7.1- El caso italiano: Los conflictos entre la Corte Constitucional y la Corte de Casación.....	17
<b>III.-CAPÍTULO II: Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional comparada</b>	
1.- Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional francesa.....	20
2.- Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional española.....	22
3.- Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional italiana.....	24
<b>IV.- CAPÍTULO III: Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional nacional</b>	
1.- Las sentencias atípicas en el control de constitucionalidad de las leyes.....	26
2.- Las sentencias atípicas en el control preventivo de constitucionalidad de las leyes.....	26
2.1- Planteamiento teórico.....	26
2.2.- Análisis jurisprudencial.....	29
3.- Las sentencias atípicas en el control de inaplicabilidad de las leyes.....	33
3.1- Planteamiento teórico.....	33
3.2.- Análisis jurisprudencial.....	34

**4.- Las sentencias atípicas en la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes.....37**

4.1.- Planteamiento teórico.....37

4.2.- Análisis jurisprudencial.....37

**V.- CONCLUSIÓN.....40**

**VI.- BIBLIOGRAFÍA.....41**

## INTRODUCCIÓN

La jurisdicción constitucional se ha legitimado en la concepción kelseniana del legislador negativo. Esta supone que la jurisdicción constitucional efectúa una función esencialmente negativa, limitada a la anulación de los preceptos legales que estén en contradicción con la Constitución.

No obstante, ante el hecho de que en ciertos casos, la anulación de un precepto legal provocaría efectos aún más perniciosos que los que provocaría su mantención; ante el trato deferente mantenido hacia el legislador democrático; y ante el hecho de que el objeto sobre el cual recae el juicio de inconstitucionalidad, no era reducible a un mero enunciado, es que surgen las sentencias que escapan a la configuración teórica que legitima al legislador negativo. Este tipo de sentencias, son las sentencias atípicas.

Este tipo de decisiones ha sido objeto de cuestionamientos en el derecho comparado. Cuestionamientos que principalmente se han abocado a indagar con qué legitimidad la jurisdicción constitucional, dicta sentencias en las que se efectúa ya no sólo una función de depuración normativa, sino que también de producción normativa. Esto ha llevado a que se catalogue a las cortes constitucionales como legisladores positivos.

En atención en tales hechos nace la intención efectuar un estudio sobre el empleo de esta técnica en el marco de nuestro sistema de justicia constitucional. Con este estudio se intentará dar respuesta a la interrogante de si al igual como sucede en la mayoría de los sistemas de justicia constitucional, el Tribunal Constitucional dicta sentencias atípicas. Asimismo, se buscará indagar cuáles serían los principales fundamentos para la dictación de esta clase de sentencias. Por último, con este trabajo se buscará dejar en evidencia cómo mediante la utilización de esta clase de sentencias los tribunales constitucionales efectúan una función de integración y creación normativa.

A lo largo de este trabajo, se buscará probar la siguiente hipótesis: el Tribunal Constitucional nacional dicta sentencias atípicas y esta constituye una práctica frecuente. Asimismo que el recurso a esta técnica se da en el marco de los distintos controles de constitucionalidad de las leyes, de los que está dotado. Finalmente, también se intentará demostrar a lo largo de esta memoria que el recurso a este tipo de decisiones sólo estaría plenamente justificado en los fundamentos que se han esgrimido para la dictación de estas decisiones en el derecho comparado, en el marco de la cuestión de inconstitucionalidad. Tanto en el control preventivo como en el control de inaplicabilidad, el recurso a la fundamentación esgrimida para la dictación de esta clase de sentencias en el derecho comparado requeriría matizaciones.

La metodología a utilizar en esta memoria será el análisis jurisprudencial de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y así también, el método comparativo, con el que pretendo estudiar qué tipo de sentencias atípicas son las que se han dictado en los sistemas de justicia constitucional europeos. De esta manera, con estos datos se pretende establecer una tipología de las sentencias atípicas, para posteriormente analizar si se ha recurrido a la dictación de alguna clase de estas sentencias, en nuestro sistema de justicia constitucional.

## CAPITULO I

### ¿DEL LEGISLADOR NEGATIVO AL LEGISLADOR POSITIVO?

#### 1.- El legislador negativo

En Europa, la resistencia a la implantación de la justicia constitucional, es superada con la creación de un Tribunal Constitucional, idea que es unánimemente atribuida a Kelsen<sup>1</sup>. Este, quien es el principal artífice de la Alta Corte Constitucional austriaca, establecida en la Constitución de Austria de 1920, le asigna la función de la garantía de la Constitución, consistente en velar por el resguardo de la regularidad, de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución – esencialmente la constitucionalidad de las leyes – a un órgano independiente de cualquier otra autoridad del Estado, esto es, a un Tribunal Constitucional<sup>2</sup>.

Este órgano, que Kelsen denomina Tribunal Constitucional, presenta particularidades en su actuar, que permiten distinguirlo en su funcionamiento de cualquier otro tribunal ordinario. Esto en vista de que, si bien, el “tribunal constitucional competente para la casación de las leyes y un tribunal ordinario (...) aplican derecho y también generan derecho; éstos – los tribunales ordinarios- sólo producen normas individuales, mientras que aquél, aplicando la constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes anticonstitucionales no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica, o sea, que (...) oficia de legislador negativo”<sup>3</sup>.

En otras palabras, según Kelsen, el oficio de legislador negativo, al anular una ley, es equivalente a “establecer una norma general, puesto que la anulación de una ley, tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección con signo negativo, la anulación es, entonces una función legislativa...”<sup>4</sup>.

Esta definición, de su actividad, como “legislador negativo”, es en definitiva, la que permite fundamentar, la legitimidad de éste órgano, para controlar y anular – en caso de disconformidad, con la Constitución – las leyes elaboradas y aprobadas por los representantes del pueblo, en vista de que, las decisiones de este órgano, sólo tienen efectos exclusivamente negativos, los cuales, fijan el límite de su actividad<sup>5</sup>. De esto se extrae, que el objeto único e

---

<sup>1</sup> Cfr. Aja, E.- González, M.: “Conclusiones generales”, en Aja, E. (ed.): *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*, Ariel, Barcelona, 1998, p. 258.

<sup>2</sup> Cfr. Kelsen, H.: *La garantía jurisdiccional de la constitución*, UNAM, México, 2001, pp. 15 y 52.

<sup>3</sup> Kelsen, H.: *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 37.

<sup>4</sup> Cfr. Kelsen, H.: *La garantía...*, cit., p. 54.

<sup>5</sup> Cfr. Aja, E.- González, M.: “Conclusiones generales”, en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador*, op. cit. p. 258.

inmediato del juicio de constitucionalidad, es el enunciado promulgado por el legislador positivo, siendo la única opción posible, la de mantenerlo o anularlo<sup>6</sup>.

La sentencia constitucional entonces, se enmarca y legitima dentro de la concepción teórica del “legislador negativo”, manifestada en torno a una doble modalidad típica. Esta doble modalidad está constituida por las sentencias típicas o “claras”. Estas son las siguientes: Un primer tipo de sentencias típicas o claras, lo constituyen, la declaración de inconstitucionalidad, o en otros términos, de – no conformidad de la ley examinada con la Constitución. En el caso de que esta decisión de inconstitucionalidad se realice dentro del marco de un control a priori, la ley no puede ser promulgada. Y en el caso de que esta decisión se realice dentro de un control a posteriori, la ley es declarada nula o es abolida. En cuanto al segundo tipo de sentencias típicas o “claras”, esta es la declaración de constitucionalidad, o en otros términos, la declaración del Tribunal de que la ley sometida a examen de constitucionalidad, no es contraria a la Constitución<sup>7</sup>.

Por ende, para Kelsen, en base a este esquema, la actividad del legislador negativo estaría absolutamente determinada por la Constitución. De ahí que para él su función sería similar a la que realiza cualquier otro tribunal, conformándose principalmente por aplicación del derecho, y solamente en menor medida creación de derecho, constituyendo una actividad propiamente jurisdiccional<sup>8</sup>.

Sin embargo, Kelsen es consciente de que la configuración teórica de la justicia constitucional es susceptible de verse transformada, por la presencia de valores y cláusulas vagas en los textos constitucionales<sup>9</sup>. Por eso advierte lo pernicioso de establecer en la Constitución, principios como la equidad, la justicia, la libertad, la igualdad, la moralidad - entre otros- , sin precisar qué se entiende por aquellos. Esto en razón de que existe multiplicidad de concepciones, acerca de los principios, que vienen determinadas en función de quienes sean los interesados. Por esto la concepción de estos principios – por ejemplo, la concepción de justicia-, del Tribunal Constitucional, podría estar en contradicción con los intereses del parlamento, y en definitiva, hacer depender la legislación votada por aquél, de la buena voluntad del Tribunal Constitucional. Por lo que en definitiva si se quiere evitar generar un desplazamiento de poder, desde el parlamento al Tribunal Constitucional – el que puede representar fuerzas políticas opuestas al parlamento- si se crea un Tribunal Constitucional, la Constitución debe abstenerse de consagrar

---

<sup>6</sup> Cfr. Rubio, F.: *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1997, p. 477.

<sup>7</sup> Cfr. Rousseau, D.: *La justicia constitucional en Europa*, Centro de estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 71 y 72.

<sup>8</sup> Cfr. Kelsen, H.: *La garantía... cit.*, pp. 56 y 57.

<sup>9</sup> Cfr. Díaz, F.: *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1997, p. 353.

principios como los señalados, y si pretende establecer principios que determinen el contenido de las leyes, debe hacerlo de la forma más precisa posible<sup>10</sup>.

De esto se colige que el parámetro de control, en base al cual Kelsen realiza el examen de constitucionalidad de la ley, básicamente se estructuraría en torno a reglas objetivas y procedimentales, a través de las cuales se verificaría un juicio de tipo abstracto de normas, en donde quede excluida cualquier ponderación de los valores y los intereses que se encuentren imbricados en la ley o los hechos que son objeto de aplicación, toda vez que para él, los valores e intereses, constituirían fuente y medio de toda subjetividad e ideología<sup>11</sup>.

Esta configuración teórica, estructurada fuertemente en base a un parámetro de control formalista y procedimental, se pondrá a prueba, desde el momento en que a contar de la Posguerra, las constituciones que le siguen pasan a ser consideradas como la máxima norma del ordenamiento jurídico, dirigida a todos los poderes públicos, en la que se reconocen principalmente, principios, derechos y valores vinculantes para aquellos<sup>12</sup>.

## **2.- El objeto del control de constitucionalidad**

La cuestión de cuál es o cuáles sean los objetos sometidos a un examen de constitucionalidad es variable, dependiendo de la regulación que la carta fundamental o leyes fundamentales de cada ordenamiento jurídico le asignen al respectivo Tribunal Constitucional. Sin perjuicio de esto, el objeto del control de constitucionalidad suele identificarse, en la mayoría de los casos, con el control de la constitucionalidad de la ley o normas de este mismo rango.

Nos centraremos en la ley como objeto del control de constitucionalidad. Para comprender de mejor manera cuáles son los alcances de la realización de un contraste entre la ley y la Constitución, en la búsqueda por determinar la constitucionalidad de aquella, es menester efectuar, una previa distinción entre precepto, disposición o enunciado y norma. Esta distinción es la que nos permite dar cuenta del real objeto sobre el que actúa la jurisdicción constitucional, y de su coincidencia o no, con la configuración teórica que la sustenta.

Por “disposición”, se entiende todo enunciado que pertenece a una fuente del derecho. En cuanto que “norma”, no se refiere a la disposición misma, sino que a su contenido de

---

<sup>10</sup> Cfr. Kelsen, H.: *La garantía... cit.*, pp. 79 a 82.

<sup>11</sup> Cfr. Bordalí, A.: “La función judicial de defensa del orden constitucional” en Ferrer Mac- Gregor, E. (Coord.): *Derecho procesal Constitucional*, Tomo I, Porrúa, México D. F., 2003, pp. 8 y 9.

<sup>12</sup> Cfr. Bordalí, A.: “La tutela de los derechos fundamentales bajo un sistema dual de justicia constitucional” en Bordalí, A. (Coord.): *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, LexisNexis, Madrid, Santiago, 2006, p. 34.

significado, que constituye una variante que depende de la interpretación<sup>13</sup>. De esto se desprende que la disposición constituye el objeto sobre el cual recae la actividad interpretativa, en cuanto que la norma viene a ser el resultado de esta actividad. En otras palabras “la disposición es un enunciado del lenguaje de las fuentes sujeto a interpretación y todavía por interpretar. La norma más bien, una disposición interpretada, y en ese sentido, reformulada por el intérprete: es, pues, un enunciado del lenguaje de los intérpretes”<sup>14</sup>.

Por tanto, la actividad jurisdiccional en general - y la jurisdicción constitucional en particular-, se encuentra frente a la dificultad de que toda disposición, es en algún grado menor o mayor, vaga o ambigua, de manera que tolera variables y conflictivas atribuciones de significado<sup>15</sup>. De esta forma, “a una disposición – a toda disposición – no corresponde una única norma sino multiplicidad de normas disyuntivas. Una única disposición expresa diversas normas disyuntivamente: una u otra norma, en función de las distintas interpretaciones posibles”<sup>16</sup>.

Esta distinción, es la que se encuentra en la base de las sentencias atípicas o intermedias, que analizaremos posteriormente. Así vemos que las sentencias interpretativas – que forman parte de las sentencias atípicas o intermedias–, suponen un control de constitucionalidad que se realiza sobre las normas que se derivan de un precepto o disposición legal, expulsando aquellas normas que contraríen la Constitución, en tanto el enunciado legal, se mantiene inalterado tras el examen<sup>17</sup>.

Esto plantea ciertas insuficiencias del esquema teórico, en el cual se sustenta la justicia constitucional europea. Lo anterior, en razón de que este esquema supondría una identificación simplista, entre norma legal y enunciado de la ley, no dando cuenta acerca de las normas que se extraerían vía interpretación de las disposiciones legales, en el control de la constitucionalidad de las mismas. Así esta identificación situaría al juez constitucional ante una incómoda alternativa: mantener la validez de un precepto, aún cuando éste en una o varias interpretaciones resulte incompatible con la Constitución; o anular dicho precepto, aún cuando de aquél pudieren derivar interpretaciones que estén en conformidad con la Constitución, o de la supresión pudieren generarse efectos aún más inconstitucionales, que la que implica el riesgo de efectuar dichas interpretaciones<sup>18</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr. Guastini, R.: *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 100 y 101.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> Cfr. *Ídem*, p. 102.

<sup>16</sup> Cfr. *Ibidem*.

<sup>17</sup> Cfr. Aja, E.- González, M.: “Conclusiones generales” en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, *op. cit.* p. 264.

<sup>18</sup> Cfr. Rubio F.: *Op. cit.* p. 483.

### 3.- Las sentencias atípicas

Las sentencias atípicas son aquellas sentencias, que escapan a la dicotómica alternativa de la validez – nulidad<sup>19</sup>, en torno a la que se circunscribe la actividad de los tribunales constitucionales, en la configuración teórica kelseniana. Si bien no existe pleno acuerdo, en torno a la nomenclatura a utilizar para denotar estas sentencias, suele llamárselas como sentencias atípicas, intermedias o manipulativas.

Este tipo de decisiones constituyen técnicas elaboradas por los tribunales constitucionales, “para aumentar su soportabilidad para el sistema político”<sup>20</sup>. Adquieren todo su sentido, en un cambio sistemático de la justicia constitucional, producido por la consolidación plena del Estado democrático y social, que se traduce fundamentalmente en dos consecuencias para la justicia constitucional. Una de ellas es el crecimiento gigantesco de la legislación, lo que a la larga acrecienta el número de sentencias del Tribunal Constitucional y su protagonismo. La otra es que la sustentación del sistema pasa a encontrarse en los derechos y libertades de los ciudadanos, lo que conduce a que el Tribunal Constitucional realice un examen muchísimo más riguroso, que el realizado en décadas anteriores, de la legislación que afecte a tales derechos y libertades<sup>21</sup>.

En ese contexto, la experiencia nos pone frente al problema de que la dicotomía validez – nulidad, considerada esencial en la teoría del legislador negativo, viene a constituir una disyuntiva excesivamente rígida. De seguirse en forma absoluta, provocaría que en ocasiones las consecuencias de la anulación del precepto objeto del examen de constitucionalidad, sean incluso más perniciosas que la mantención del precepto anulado, si el Tribunal Constitucional no adoptara medidas que limiten y corrijan aquellas consecuencias<sup>22</sup>.

A esto hay que agregar, que la censura de un texto jurídico votado por quienes son elegidos por pueblo, siempre constituye una decisión grave. Frente a esto, es que se recurre a la elaboración de estas respuestas intermedias, entre la censura total y la aprobación total de un precepto legal, planteándose al mismo tiempo, en términos más complejos, cuáles serían los efectos de este tipo de decisiones de los Tribunales sobre el comportamiento de los poderes públicos<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Cfr. Aja, E.- González, M.: “Conclusiones generales” en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa Actual*, op. cit. p. 260.

<sup>20</sup> Groppi, T.: “¿Hacia una justicia constitucional “dúctil”? Tendencias recientes de las relaciones entre corte constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, Vol. XXXVI, Nº 107, mayo, 2003, p. 486.

<sup>21</sup> Cfr. Aja, E.- González, M.: “Conclusiones generales” en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa Actual*, op. cit. p. 260.

<sup>22</sup> Cfr. *Ibidem*.

<sup>23</sup> Cfr. Rousseau, D.: *Op. cit.* p.71.

Se ha dicho que mediante el empleo de este tipo de decisiones y sustentando su actividad en la distinción entre disposiciones y normas, que anteriormente esbozamos, el Tribunal realizaría una operación de manipulación de los textos legislativos. En esta operación se extraerían normas de las disposiciones, con la finalidad de seleccionar aquellas normas que se encuentren en compatibilidad con la Constitución, excluyendo aquellas que por el contrario, estarían en contradicción con esta<sup>24</sup>.

Esto es lo que permitiría calificar al Tribunal Constitucional, cuando hace uso de este tipo de técnicas, como un legislador positivo, porque en estos casos la sentencia constitucional ya no sólo se limitaría a suprimir el precepto legal, que resulta disconforme en su confrontación con la Constitución, sino que vendría a incorporar una nueva norma al ordenamiento<sup>25</sup>.

#### **4.- Clasificación de las sentencias atípicas**

No es pacífico en la doctrina la determinación de cuáles serían las clases de sentencias atípicas<sup>26</sup>, debido a que en general, en cada país se tienden a establecer clasificaciones distintas de las sentencias atípicas, que dificultan su trasplante a otros países<sup>27</sup>.

No obstante aquello, para efectos de realizar una clasificación de las sentencias atípicas, seguiré, en términos generales, la clasificación fundamental de las decisiones de la Corte Constitucional italiana, elaborada por Pizzorusso<sup>28</sup>. En ésta se distingue primeramente, entre decisiones de inadmisión (y asimilables a éstas) y decisiones que se pronuncian sobre el fondo. Con respecto a estas últimas, éstas se subdividirían en decisiones desestimatorias y decisiones estimatorias (que anteriormente, identificamos, como sentencias típicas). Las sentencias que rompen con aquella dualidad son denominadas por Pizzorusso como sentencias manipulativas y en esta categoría, el distingue los subtipos siguientes: las sentencias interpretativas (desestimatorias y estimatorias); las sentencias aditivas; las sentencias sustitutivas; y finalmente, las sentencias de delegación (que nosotros llamaremos, sentencias aditivas de principio). A esta clasificación agregaré las sentencias exhortativas y las sentencias de incompatibilidad.

---

<sup>24</sup>Cfr. Pizzorusso, A.: "El Tribunal Constitucional italiano" en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Favoreu, L. et. al., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 257.

<sup>25</sup>Cfr. Aja, E.- González, M.: "Conclusiones generales" en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa Actual*, op. cit. p. 259.

<sup>26</sup>Cfr. Nogueira Alcalá, H.: "Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del sur" en *Revista Ius et Praxis*, Vol. X, Nº 1, 2004, p. 136.

<sup>27</sup>Cfr. Aja, E.- González, M.: "Conclusiones generales" en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa Actual*, op. cit. p.275.

<sup>28</sup>Vid. Pizzorusso, A.: "El tribunal Constitucional italiano" en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, op. cit. pp.252 a 262.

Con respecto a las sentencias interpretativas, éstas surgen como una respuesta frente a aquellos casos en los cuales la Corte desea evitar la declaración de ilegitimidad de la integridad de un texto legal, por cuanto, éste pueda ser interpretado de una forma en la cual se ajuste a los principios constitucionales<sup>29</sup>. Este tipo de sentencias pueden ser de dos clases: las sentencias interpretativas desestimatorias y sentencias interpretativas estimatorias.

Las sentencias interpretativas desestimatorias son aquellas en las cuales la Corte llega a una resolución de desestimación, pero al mismo tiempo, suministra una interpretación de la disposición impugnada, que sirve para evitar su declaración de inconstitucionalidad. Esta clase de decisiones suele reconocerse, por el hecho de que en el fallo de la sentencia, se declara infundada la cuestión de inconstitucionalidad que se plantea, pero “en los términos previstos en la motivación”, enviando a la interpretación correctiva, que se encuentra en la motivación de la decisión<sup>30</sup>.

A su vez, las sentencias interpretativas estimatorias, son aquellas decisiones en las cuales la Corte elimina una de las posibles normas deducibles de la disposición impugnada, que están en contradicción con la Constitución, quedando esta última en vigor, en lo que respecta a las demás. Este tipo de resoluciones se caracteriza por contener en la parte correspondiente al fallo, la fórmula según la cual la disposición es declarada inconstitucional “en la parte en que” prevé o dispone algo<sup>31</sup>.

Asimismo, como señalamos con anterioridad, la jurisdicción constitucional también ha elaborado otro subtipo de decisiones, incluibles dentro de las sentencias manipulativas: las sentencias aditivas y sustitutivas<sup>32</sup>.

Con respecto a las decisiones aditivas, éstas hacen referencia a los casos en los que la Corte declara la inconstitucionalidad de una disposición determinada, en cuanto deja de decir algo. Esto se refleja con la fórmula “en la parte en la que no prevé que”<sup>33</sup>. Asimismo, se ha sostenido que las dificultades para la concreción del principio de igualdad (entendido como la obligación de igual trato para los iguales), constituirían la causa de la dictación de esta clase de sentencias, caracterizadas por producir aún al declarar la inconstitucionalidad de la disposición

---

<sup>29</sup> Cfr. Pizzorusso, A.: “El tribunal Constitucional italiano” en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, op. cit. p.254.

<sup>30</sup> Cfr. Romboli, R.: “La tipología de las decisiones de la corte constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental” en *Revista española de derecho constitucional*, Vol. XVI, Nº48, 1996, p. 62.

<sup>31</sup> Cfr. *Ídem*, pp. 63 y 64.

<sup>32</sup> Algunos han reservado la denominación de sentencias manipulativas, exclusivamente para hacer referencia a las sentencias aditivas y sustitutivas, denotando con ésta el mayor ejercicio de modificación y de integración que efectúa la Corte sobre las disposiciones sometidas a su examen, que se aduce, saldrían del proceso constitucional con un alcance y contenido normativo diferente al original. En lo que respecta a esta denominación para las sentencias aditivas y sustitutivas, me remito a Romboli, R., op cit. p.64.

<sup>33</sup> Cfr. *Ídem*, p.65.

impugnada, ciertos efectos de carácter positivo, consistentes en la introducción de nuevas normas en el ordenamiento, que inicialmente no se obtendrían de aquel texto normativo<sup>34</sup>.

En cuanto a las decisiones sustitutivas, éstas se caracterizan por el hecho de que con ellas, la Corte declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una cosa, en vez de prever una distinta. Se componen de dos partes diferentes: una que declara inconstitucional el contenido de la disposición impugnada; y otra que lo reconstruye, en donde la corte procede a dotar a aquella disposición de un contenido normativo diferente en concordancia con los principios constitucionales<sup>35</sup>.

Asimismo, también se ha incurrido en la práctica de dictar otro tipo de decisiones denominadas sentencias aditivas de principio, en las que la Corte declara la inconstitucionalidad de una ley por lo que no prevé, pero sin llegar a introducir nuevas normas jurídicas, sino que principios a los que el legislador debe ceñirse, al dictar disposiciones con carácter erga omnes. Por lo general en ellas se establece una remisión a los tribunales, para que frente a una eventual inactividad del legislador, transformen aquellos principios señalados por la Corte en reglas del caso concreto<sup>36</sup>.

A estos tipos de sentencia, hay que agregar las sentencias exhortativas, que en general consisten en orientaciones, mandatos, observaciones que se le dirigen al legislador, en los que se le señalan los lineamientos que debe seguir la futura ley. Tanto la forma como la frecuencia de este tipo de decisiones, depende de la jurisdicción constitucional de cada país. El criterio esencial de su valoración, es el de la intensidad con que la que estos lineamientos se dirigen al legislador, presentándose en ocasiones bajo la amenaza encubierta de una futura anulación, en caso de que el legislador incumpla las orientaciones referidas<sup>37</sup>.

Finalmente, en lo que respecta a las sentencias de incompatibilidad, estas son sentencias de desestimación en las que se reconoce explícita y claramente que la normativa impugnada está en contradicción con los principios constitucionales. En estos casos, la Corte suele señalarle asimismo en forma explícita, tanto al legislador como a los jueces, que si se vuelve a plantear la misma cuestión, esta vez estimará y declarará inconstitucionales las disposiciones objeto de la impugnación. Además, en ciertas ocasiones, la Corte establece en la motivación de su decisión que aún cuando la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas fuere clara, en razón de un acto de equilibrio de los distintos valores constitucionales que estarían en juego, la declaración de inconstitucionalidad se pospondría<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> Cfr. Rolla, G.: "El control de constitucionalidad en Italia: Evolución histórica y perspectivas de reforma" en *Cuadernos de derecho público*, N°3, 1998, p.161.

<sup>35</sup> Cfr. Romboli, R.: *Op.cit.* p.65.

<sup>36</sup> Cfr. Groppi, T.: *Op. cit.* pp. 494 y 495.

<sup>37</sup> Cfr. Aja, E.- González, M.: "Conclusiones generales" en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa Actual*, *op. cit.* pp. 281 y 282.

<sup>38</sup> Cfr. Romboli.: *Op. cit.* p.73.

## 5.- Fundamentación de las sentencias atípicas

Esta categoría de sentencias, surge en el derecho europeo como una respuesta frente a las exigencias impuestas por la práctica de la Corte Constitucional, respecto a las cuales, la dualidad de las sentencias típicas, resulta insuficiente<sup>39</sup>. Con base en tal finalidad, es que crean estas prácticas, que se traducen en un aumento de las clases de sentencias dictadas por los tribunales constitucionales, en un sentido atípico.

Prácticamente todos los tribunales constitucionales europeos, dictan esta clase de sentencias, buscando evitar generar conflictos con el legislador, toda vez que la anulación de todo o parte de una ley, supone una desautorización de la mayoría parlamentaria y es explotada políticamente por la oposición<sup>40</sup>.

Por esto a los tribunales Constitucionales se le impondría el deber de actuar, conforme al principio constitucional que se conoce como de “conservación normativa”, “conservación del derecho”, o de “presunción de constitucionalidad de los actos legislativos”. Este principio consiste en que en el marco del proceso de interpretación constitucional, el Tribunal Constitucional debe presumir la buena fe y la constitucionalidad de la ley, declarando la inconstitucionalidad de ésta, sólo en el caso de que no sea posible extraer del precepto legal sometido a examen, una interpretación que esté en conformidad con la Constitución<sup>41</sup>.

Además, al dictar sentencias atípicas o intermedias, los tribunales constitucionales, estarían realizando una ponderación de los valores y principios constitucionales en juego, optando por aquella opción que implique evitar la generación de vacíos normativos en el ordenamiento jurídico y que estén en concordancia con la fuerza normativa de la Constitución y los derechos fundamentales<sup>42</sup>.

Esto se explica, toda vez que un vacío legal generado por la dictación de una sentencia anulatoria, en el contexto de una sociedad actual supernormativizada, puede transformarse en un grave problema político, si se anulara sin más leyes que regulen materias como pensiones o impuestos<sup>43</sup>.

A esto se suma el hecho de que en los sistemas de control de constitucionalidad a posteriori, la anulación de un precepto legal que durante años ha desplegado sus efectos, genera dificultades jurídicas, como son las posibles reclamaciones de reparación que plantearían el

---

<sup>39</sup> Cfr. Pizzorusso, A.: “El tribunal Constitucional italiano” en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, op. cit. pp. 253 y 254.

<sup>40</sup> Cfr. Rousseau, D.: *Op. cit.* p.73.

<sup>41</sup> Cfr. Nogueira, H.: *Op. cit.* pp. 135 y 136.

<sup>42</sup> Cfr. *Ídem*, p. 136.

<sup>43</sup> Cfr. Aja, E.- González, M.: “Conclusiones generales” en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa Actual*, op. cit. p.260.

problema de los derechos adquiridos. Por tanto, al declarar la ley en conformidad con la Constitución, el tribunal garantizaría la seguridad de las relaciones jurídicas, constituidas bajo el alero de la ley y la aplicación constitucional futura de esta<sup>44</sup>.

De lo anterior podemos extraer que la fundamentación de este tipo de sentencias, es posible de reconducir a dos motivos principalmente. Uno de ellos es el temor a los vacíos normativos, sobre todo, para el caso de las leyes que prevén recursos económicos destinados a financiar derechos fundamentales de contenido social. Y el segundo, es el principio de la deferencia o respeto hacia el legislador democrático. Ambos han llevado a que los Tribunales constitucionales europeos declaren la inconstitucional de la ley como *ultima ratio*, sólo en aquellos casos donde no resulte posible encontrar una interpretación de la ley, que esté en conformidad con la Constitución<sup>45</sup>.

## 6.- Críticas a las sentencias atípicas

Se critica este tipo de decisiones, por cuanto con ellas los tribunales constitucionales serían partícipes de la función legislativa. Así, al buscar evitar la anulación de una ley, los tribunales constitucionales, estarían obligados a remodelarla con su interpretación. De esta manera, la ley declarada en conformidad a la Constitución, no sería exactamente la misma que fue adoptada por el legislador, sino que es aquella que ha sido interpretada y modificada por el Tribunal. Tales modificaciones serían condicionantes de la aplicación de la ley, ya que esta sólo podría aplicarse teniendo en cuenta las interpretaciones realizadas por el Tribunal<sup>46</sup>. Lo anterior pondría en tela de juicio la injerencia que los tribunales constitucionales tendrían sobre las opciones políticas del parlamento<sup>47</sup>.

Además, se ha señalado que si bien existe acuerdo de que en ciertas ocasiones, sería inevitable dictar este tipo de sentencias, no habría que obviar el hecho de que las mismas fuerzan los preceptos constitucionales y legales. A lo que se suma el hecho de que mediante éstas, los tribunales constitucionales se apartarían de la teoría del legislador negativo, sin que exista una explicación teórica sólida que permita dar cuenta del fenómeno en forma general y ya no sólo

---

<sup>44</sup> Cfr. Rousseau, D.: *Op. cit.* p.73.

<sup>45</sup> Cfr. Bordalí, A.: "La tutela de los derechos fundamentales... *cit.*", p.34.

<sup>46</sup> Cfr. Rousseau, D.: *Op. cit.* p.73.

<sup>47</sup> Cfr. Bordalí, A.: "Análisis crítico del control preventivo y represivo de constitucionalidad de las normas jurídicas por los Tribunales Constitucionales" en Nogueira, H. (Coord.): *Justicia constitucional en Chile y América latina: Presente y prospectiva*, LexisNexis, Santiago, 2005, p.250.

considerando a las sentencias atípicas, como la solución menos nociva frente a un problema concreto<sup>48</sup>.

Creo que esta crítica es acertada. Efectivamente, la sola teoría del legislador negativo, resulta insuficiente para dar cuenta de manera genérica de la labor de creación normativa que desarrollan los tribunales constitucionales y no resulta conveniente obviar esta dificultad. Al contrario, se hace necesario solucionar las falencias e inconvenientes de tal teoría, de manera que ésta pueda explicar de la manera más realista posible, cómo y en qué límites, actúa la justicia constitucional.

No obstante, aún creyendo que tales críticas son acertadas, estimo que la calificación lisa y llana de los tribunales constitucionales, como un “legislador positivo”, en la que se exagera el carácter político de la función de defensa de la Constitución, en desmedro del carácter jurisdiccional de tal actividad, es caer erróneamente en el extremo opuesto. De hecho, la misma estructura orgánica de la jurisdicción constitucional, permite claramente diferenciarlo del legislador democrático, toda vez que a diferencia de los órganos políticos – como el parlamento- la estructura orgánica de los tribunales constitucionales, les impide autoconvocarse; les obliga a fallar y fundamentar en derecho sus decisiones; el caso concreto, se presenta como el horizonte aplicativo de la norma, diferenciando esta actividad jurisdiccional, de una actividad netamente política. Así la actividad de los órganos jurisdiccionales, se encontraría más acotada y encauzada jurídicamente que la desarrollada por los órganos políticos, adquiriendo la primera caracteres más de una actividad jurídica, antes que política<sup>49</sup> y no a la inversa, como se denota al catalogar la actividad del Tribunal Constitucional, en forma lisa y llana como la de un “legislador positivo”.

Asimismo, en lo referente a la actividad creadora del derecho, que se le asigna a la jurisdicción constitucional, cabría agregar que ésta también se encuentra presente en el actuar de la jurisdicción ordinaria. Siendo las diferencias, básicamente de tipo cuantitativo, al desarrollarse una actividad de mayor producción normativa, en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, dado que la aplicación judicial de la Constitución, presenta mayor cantidad de lagunas, que la aplicación de las normas legales<sup>50</sup>.

Por otro lado, en ocasiones es la naturaleza propia de la función jurisdiccional y no únicamente, el deseo de los tribunales constitucionales de reducir los vacíos legales, quienes serían los condicionantes de la dictación de ciertos tipos de sentencias atípicas, como son las sentencias interpretativas, en las que el análisis de legitimidad constitucional, ya no tendría por objeto el solo texto legal, sino que las interpretaciones que se derivan del mismo, es decir, las

---

<sup>48</sup> Cfr. Aja, E.- González, M.: “Conclusiones generales” en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa Actual*, op. cit. p.274.

<sup>49</sup> Cfr. Bordalí, A.: “Jueces constitucionales. Un poder incómodo” en Ferrer, E.-Zaldívar Lelo de Larrea, A. (Coord.): *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix- Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo V, UNAM, México D.F., 2008, p.45.

<sup>50</sup> Cfr. *Ídem*. pp. 45 a 47.

normas. Todo esto, fundado en el hecho del entendimiento de los preceptos legales, sobre los que recaen este tipo de sentencias, ya no como meros datos de hecho, sino que como hipótesis normativas, susceptibles de diversas interpretaciones posibles, conformantes de un sistema abierto y en continuo cambio<sup>51</sup>.

En este sentido, creo que es acertado el enfoque que propone<sup>52</sup> construir una nueva legitimidad para los tribunales constitucionales, en la que junto con el reconocimiento de que en muchos casos estos no pueden seguir comportándose como un legislador negativo, les permita incidir sobre el ordenamiento jurídico a fin de garantizar además de la supremacía constitucional, valores tales como la seguridad jurídica, la estabilidad de las instituciones del Estado, el respeto irrestricto de los derechos fundamentales, entre otros.

## **7.-Las sentencias atípicas y sus conflictos con la jurisdicción ordinaria**

En los inicios del funcionamiento de los tribunales constitucionales europeos, se prestó principalmente atención, a los eventuales conflictos que estos pudieran tener con el poder legislativo<sup>53</sup>, toda vez que en su actividad los tribunales constitucionales se veían enfrentados al legislador democrático, operando como un legislador negativo. Este panorama se ve modificado una vez que se hace extensivo el eje de conflicto hasta llegar a la jurisdicción ordinaria, como veremos enseguida.

Al constatarse que, en algunos casos, la anulación de una ley provocaba vacíos normativos con resultados peores a los que se pretendía eliminar con la declaración de inconstitucionalidad, lo que sumado al trato deferente mantenido por los tribunales constitucionales respecto del legislador (que los llevó a declarar la nulidad de un precepto legal como *ultima ratio*, es decir, únicamente cuando no es posible extraer del enunciado una interpretación conforme con la Constitución), ha generado un alejamiento paulatino del modelo del legislador negativo que se limita a anular leyes<sup>54</sup>. Esto se explica por la práctica en la que incurren los tribunales constitucionales de dictar sentencias intermedias o atípicas, en donde estos no se limitan al desarrollo de una función de depuración normativa, realizando asimismo una actividad de producción normativa.

Todo esto ha extendido el eje de conflicto de la jurisdicción constitucional, ampliándolo hacia la jurisdicción ordinaria. Esta situación se grafica con las sentencias interpretativas, las que si bien suponen un trato deferencial con respecto al legislador democrático, no lo tendrían con la

---

<sup>51</sup> Cfr. Rubio, F.: *Op. cit.* p.448.

<sup>52</sup> Cfr. Bordalí, A.: "Análisis crítico del control preventivo... *cit.*", p.252.

<sup>53</sup> Cfr. Bordalí, A.: "La tutela de los derechos fundamentales... *cit.*", p.37.

<sup>54</sup> Cfr. *Ídem.* p.38.

jurisdicción ordinaria. Así, la Corte de Casación, a quien se le confiere en forma expresa, la función de determinación del sentido de la ley, empieza a recibir interpretaciones de esta, de parte del Tribunal Constitucional<sup>55</sup>. Lo cual, como lo hace ver una parte de la doctrina, limita severamente las posibilidades hermenéuticas de la jurisdicción ordinaria y, por tanto, la función nomofiláctica de la Corte de Casación<sup>56</sup>.

Por tanto, mediante las sentencias interpretativas los tribunales constitucionales trasladan el problema de la confrontación entre poderes desde el parlamento hacia la judicatura ordinaria, con especial mención de la Corte de Casación, ya que a esta le corresponde la facultad de interpretar en definitiva el correcto sentido de la ley<sup>57</sup>.

### **7.1.- El caso italiano: los conflictos entre la Corte Constitucional y la Corte de Casación.**

El caso italiano, es el fiel reflejo de los conflictos posibles de producirse, entre un órgano dotado de la función de *nomofilaxis* (Corte de Casación) y otro de la función *nomotética* (Corte Constitucional).

En primera instancia, en pro de mantener un trato deferente con el legislador democrático, la Corte Constitucional dicta sentencias interpretativas desestimatorias, en las que afronta la cuestión de inconstitucionalidad estimándola como no fundada, en cuanto a la disposición impugnada pueda atribuírsele un diferente significado normativo del acogido por el juez o recurrente, optando por aquel que esté en conformidad con la Constitución, desechando aquellos que sean incompatibles con esta<sup>58</sup>. Esto plantea el problema acerca de cuáles serían los efectos que tendrían las interpretaciones de la ley dadas por la Corte Constitucional, con respecto a la jurisdicción ordinaria.

Se estima por parte de la doctrina que las interpretaciones que sugiere la Corte Constitucional, en sus sentencias interpretativas desestimatorias, tendrían respecto a los jueces ordinarios una eficacia meramente persuasiva<sup>59</sup>. Lo anterior provoca que los jueces ordinarios desatiendan las interpretaciones que ofrece la Corte Constitucional, viéndose ésta obligada a elaborar otro tipo de sentencias, conocidas como las sentencias interpretativas estimatorias, para efectos de vincular con sus interpretaciones de la ley a la jurisdicción ordinaria. Mediante las sentencias interpretativas estimatorias, el juez constitucional escoge de entre los posibles significados de un precepto legal, el que resulta incompatible con la constitución, declarándolo

---

<sup>55</sup> Cfr. Bordalí, A.: "La tutela de los derechos fundamentales... *cit.*", pp.38 y 39.

<sup>56</sup> Cfr. Bordalí, A.: "Jueces constitucionales... *cit.*", p.55.

<sup>57</sup> Cfr. *Ídem.* p.53.

<sup>58</sup> Cfr. Groppi, T.: *Op. cit.* p.496.

<sup>59</sup> Cfr. Romboli, R.: *Op. cit.* p.63.

inconstitucional. De esta manera, queda abierta la posibilidad de dar a la disposición impugnada, todos los demás significados, ya que la corte no elimina del ordenamiento jurídico a esta disposición, salvo aquella interpretación estimada inconstitucional. En otras palabras, la disposición podrá seguir siendo aplicada y por tanto es eficaz, salvo respecto a la norma que se estima como inconstitucional<sup>60</sup>. Así, la Corte Constitucional excluía definitivamente las interpretaciones de los preceptos legales que ya se habían excluido con anterioridad, a través de una sentencia interpretativa desestimatoria, pero que continuaban siguiéndose por la Corte de Casación.

Este panorama, es el que desembocó en la guerra entre las dos cortes, en donde existe disputa sobre quien tiene la última palabra, en lo que a interpretación de la ley se refiere<sup>61</sup>, provocando que los jueces ordinarios – y la Corte de Casación principalmente – no siempre estén dispuestos a seguir aquellas interpretaciones de la ley, proferidas por la Corte Constitucional. De esta manera, los jueces subordinados se han encontrado frente a la disyuntiva de si hacer caso a la Corte de Casación, a quien corresponde por expresa disposición de la ley la función de nomofilaxis, o a la Corte Constitucional, quien es el órgano expresamente instituido para interpretar la Constitución<sup>62</sup>.

En este contexto, la Corte Constitucional crea la doctrina del derecho viviente<sup>63</sup>, en virtud de la cual ésta asume una posición de respeto frente a cómo los jueces ordinarios y la Corte de Casación han venido interpretando la ley<sup>64</sup>. Así se busca evitar conflictos entre las cortes sobre la interpretación de la ley, buscando el diálogo y respeto entre las mismas y reconociendo que quien tiene y debe tener la función de nomofilaxis es la Corte de Casación y no la Corte Constitucional. La exégesis de la normativa ordinaria se mantiene en dominio de la Corte de Casación. De esta manera, la Corte Constitucional, al dictar sentencias interpretativas, debe considerar y adoptar la uniforme interpretación que se le ha dado a la disposición impugnada, por la Corte de Casación<sup>65</sup>.

No obstante, la jurisprudencia constitucional italiana con posterioridad ha puesto en discusión la doctrina del derecho viviente. Esto por cuanto, ya sea que el juez remitente sea aislado y proponga una interpretación que sea incompatible con la Constitución, o que se eleve cuestión de constitucionalidad sobre derecho viviente inconstitucional, la Corte Constitucional no ha renunciado a proponer su propia interpretación de la ley, incluso si es necesario, aunque ésta fuere en contradicción con el derecho viviente. Así se ha estimado que es un deber del intérprete, incluso en presencia de derecho viviente, examinar si es posible realizar una lectura distinta de la ley, que evite su declaración de ilegitimidad constitucional. De esto se extrae que la Corte

---

<sup>60</sup> Cfr. Groppi, T.: *Op. cit.* p.497.

<sup>61</sup> Cfr. Bordalí, A.: “La tutela de los derechos fundamentales... *cit.*”, 41.

<sup>62</sup> Cfr. Pizzorusso, A.: “El tribunal Constitucional italiano” en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, *op. cit.* p.255.

<sup>63</sup> Cfr. Groppi, T.: *Op. cit.* p.497.

<sup>64</sup> Cfr. Bordalí, A.: *La tutela de los derechos fundamentales... cit.*, p.42.

<sup>65</sup> Cfr. Bordalí, A.: *Jueces constitucionales... cit.* pp. 55 y 56.

Constitucional ha hecho prevalecer la doctrina de la interpretación conforme con la Constitución, por sobre la doctrina del derecho viviente<sup>66</sup>.

Finalmente, en lo que respecta a la Corte de Casación, ésta ha abandonado su propia jurisprudencia en pro de una adecuación de la ley a las indicaciones de la Corte Constitucional, reconociendo la preeminencia de la doctrina de la interpretación adecuada o conforme, por sobre la del derecho viviente<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> Cfr. Groppi, T.: *Op. cit.* pp. 498 y 499

<sup>67</sup> Cfr. *Ídem*, pp. 500 y 501.

## CAPITULO II

### LAS SENTENCIAS ATÍPICAS EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMPARADA

#### 1.- Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional francesa

El Consejo Constitucional francés fue instituido por la Constitución francesa del año 1958. En cuanto a sus atribuciones destaca mayormente por estar dotado de un control de constitucionalidad de tipo preventivo, realizado por tanto una vez que se ha votado la ley, pero antes de que se haya promulgado. Este se ejerce sobre las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas parlamentarias, cuyo examen de constitucionalidad previo es obligatorio. Así también con respecto de las leyes ordinarias y los compromisos internaciones, en donde el examen es de tipo facultativo. Lo anterior es sin perjuicio de las recientes modificaciones efectuadas a la Carta fundamental francesa<sup>68</sup>, que instauran un control de constitucionalidad represivo, en una suerte de cuestión de inconstitucionalidad por vía de excepción<sup>69</sup>.

El Consejo Constitucional dicta fallos de conformidad bajo reserva<sup>70</sup>. Estas “sont des décisions de rejet mais assorties de réserves dont l' observation conditionne la constitutionnalité de la loi”<sup>71</sup>. Existe semejanza entre este tipo de decisiones y las sentencias interpretativas desestimatorias, que anteriormente mencionamos.

La técnica de la decisión de conformidad bajo reserva, se utilizó por primera vez, en la decisión nº68-35 DC, de enero de 1968. Desde esa ocasión esta técnica se ha utilizado con mayor frecuencia. No obstante, si bien en la mayor cantidad de los casos el Consejo Constitucional dicta una decisión de conformidad bajo reserva, también excepcionalmente pronuncia decisiones de no conformidad bajo reserva<sup>72</sup>. Esta clase de decisiones se asemeja a las sentencias interpretativas estimatorias, previamente señaladas.

En lo que respecta a las decisiones de conformidad bajo reserva, estas podrían ser sentencias de anulación; pero el Consejo Constitucional, cada vez en forma más frecuente,

---

<sup>68</sup> Ley constitucional de 23 de Julio de 2008.

<sup>69</sup> Cfr. Bon, P.: “La cuestión de constitucionalidad en Francia ¿Solución o problema?”, en *Revista de Teoría y Realidad Constitucional*, N°23, 2009, p. 315.

<sup>70</sup> Cfr. Favoreu, L.: *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1993, p.109.

<sup>71</sup> Favoreu, L.: “La décision de constitutionnalité”, en *Revue internationale de droit comparé*, Vol. XXXVIII, N°2, 1986, p. 262.

<sup>72</sup> Cfr. Bon, P.: “Francia”, en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, op. cit. p.161.

prefiere adaptar a la Constitución, las disposiciones atacadas, mediante el ejercicio de una interpretación constructiva, neutralizadora o directiva<sup>73</sup>.

Mediante las sentencias de conformidad bajo reserva de interpretación constructiva “le juge constitutionnel ajoute eu texte ce qui lui manque pour etre conforme, sous couleur de l'interpréter”<sup>74</sup>. Existe similitud entre este tipo de decisiones y las sentencias aditivas, anteriormente señaladas.

Las decisiones de conformidad bajo reserva de interpretación neutralizadora “ont pour effet de gommer l'effet nocif de certaines dispositions en affirmant qu'elles n'ont pas la signification qui semble découler du texte ou qu'elles sont dépourvues d'effet juridique”<sup>75</sup>. Este tipo de decisiones son similares a las sentencias interpretativas, anteriormente mencionadas.

Las decisiones de conformidad bajo reserva de interpretación directiva “ont pour objet de tracer une ligne de conduite à ceux qui auront à appliquer la loi déclarée conforme sous réserve, et notamment aux tribunaux”<sup>76</sup>. Existe similitud entre este tipo de decisiones y las sentencias exhortativas, que anteriormente mencionamos.

Generalmente, el Consejo formula las decisiones de conformidad bajo reserva declarando que toda interpretación distinta a la propuesta, “sería contraria a la Constitución”; que una determinada interpretación “es la condición imperativa de la constitucionalidad” de ciertos artículos de una ley; o que ciertos preceptos sólo serían conformes a la Constitución “en la acepción así estrictamente definida”<sup>77</sup>.

Un punto a tener en cuenta de las reservas planteadas por el Consejo Constitucional, dice relación con cuál es la eficacia que tendrían éstas con respecto a la jurisdicción ordinaria (y en general, respecto a los demás poderes del Estado). No obstante, para darle una solución a esta interrogante, primero es necesario saber cuál es la eficacia que tienen en general las decisiones del Consejo Constitucional con respecto a los demás poderes del Estado.

Un sector de la doctrina ha señalado que la eficacia de las decisiones del Consejo Constitucional sólo alcanzaría al fallo de sus decisiones. Esto es lo que habría originado, que en la búsqueda por reforzar la eficacia de estas, el Consejo Constitucional se remita en el fallo de su decisión a los considerandos que le precedieren, estimándose por tanto la conformidad con la Constitución de determinados preceptos “en los términos expresados en las consideraciones que preceden”<sup>78</sup>. De esta manera, para esta doctrina la eficacia de las reservas quedaría entregada a la

---

<sup>73</sup> Cfr. Favoreu, L.: *Los tribunales... cit.*, p.109.

<sup>74</sup> Favoreu, L.: “La décision de constitutionnalité... cit.”, p. 262.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

<sup>77</sup> Cfr. Bon, P.: “Francia”, en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, op. cit. pp. 161 y 162.

<sup>78</sup> Cfr. Goguel, F.: “El Consejo Constitucional Francés” en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, op. cit. p. 315.

parte de la sentencia en la cual éstas se incluyeran. Lo anterior generalmente se expresa en los fallos de la siguiente forma: “bajo las estrictas reservas de interpretación enunciadas más arriba, los otros artículos de la ley no son contrarios a la Constitución”. Así, los poderes públicos y el juez ordinario sólo podrían darle aplicación a la ley en la interpretación que el Consejo Constitucional le ha dado<sup>79</sup>.

Otro sector de la doctrina ha sostenido que estas reservas tendrían fuerza vinculante (además de ser observadas), ya no sólo desde que sean retomadas en el fallo de la sentencia, sino que aún cuando se encuentren solamente presentes en la motivación de la decisión, constituyan el sostén necesario de la parte dispositiva de la sentencia<sup>80</sup>.

Para esta doctrina entonces, en lo que respecta a la relación existente entre el Consejo Constitucional y la judicatura ordinaria, ésta última debe aplicar la ley adoptada por el parlamento y promulgada por el presidente de la república, teniendo en consideración las reservas que se hubieren incorporado en la parte dispositiva de la sentencia o formen parte de su sostén necesario, constituyendo su fundamento mismo<sup>81</sup>.

## **2.- Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional española**

El Tribunal Constitucional español fue instituido por la Constitución española del año 1978. En cuanto a sus atribuciones respecto al control de constitucionalidad de las leyes, está dotado de un control a posteriori, que se estructura de distinta forma. Una de estas es el recurso de inconstitucionalidad, basado en un control abstracto de las leyes. Otra es mediante la cuestión de inconstitucionalidad de la ley, en donde ésta se le remite al Tribunal Constitucional por el juez ordinario, planteándose por esta vía un control concreto de las normas. Y finalmente, también es posible cuestionar la constitucionalidad de la ley, en el marco del mismo recurso de amparo.

El Tribunal Constitucional dicta sentencias interpretativas desde sus inicios. Esta constituye una práctica jurisprudencial que se encuentra consolidada. Mediante las sentencias interpretativas el Tribunal Constitucional efectúa una función depuradora de la inconstitucionalidad, la que no concluye en la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del precepto enjuiciado, sino que en la identificación de las normas deducibles de un precepto legal que resultan disconformes, o con mayor frecuencia, conformes con la Constitución<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> Cfr. Bon, P.: “Francia”, en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, op. cit. p.162.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> *Ídem*, p.168.

<sup>82</sup> Cfr. Jiménez, J.: “España. Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley”, en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa Actual*, op. cit. p.189.

El Tribunal Constitucional también dicta sentencias meramente declarativas de inconstitucionalidad (sin anulación) por las que se efectúan innovaciones al ordenamiento, aunque éstas se reduzcan a la determinación por el Tribunal del deber que surge para el poder público (el legislador o los jueces) de reparar la inconstitucionalidad que se advierte<sup>83</sup>. Este tipo de decisiones es similar a las sentencias de incompatibilidad, que con anterioridad mencionamos.

Asimismo, no es raro que el Tribunal Constitucional español dicte sentencias manipulativas, en las que éste asume la tarea de modificar en forma directa la norma constitucional que es declarada nula, en cuanto no sea corregida en la forma en indicada por este<sup>84</sup>.

Un aspecto a tener en consideración, dice relación con cuál es la eficacia o fuerza vinculante que tienen este tipo de sentencias, con respecto a los demás poderes del Estado (en especial la jurisdicción ordinaria). Para efectos de dar una respuesta a aquella interrogante, es que primero se hace necesario saber cuál es la eficacia que tienen en general las decisiones del Tribunal Constitucional español con respecto a los demás poderes del Estado.

En España, no hay que obviar que la fuerza vinculante de las *rationes decidendi* de las sentencias constitucionales, viene a ser la condición de posibilidad de las sentencias interpretativas, ya que estas no figuran en el fallo de la sentencia, sino que en los razonamientos que le preceden<sup>85</sup> (esto es sin perjuicio de la práctica en la que incurre el Tribunal Constitucional Español que mencionaremos enseguida).

Con respecto a la posibilidad de atribuirle fuerza vinculante a las normas establecidas en el razonamiento jurisdiccional, la doctrina se encuentra dividida. Existe un sector de la doctrina que es reacio a la posibilidad de otorgarle fuerza vinculante al razonamiento. En cambio otro considera que es posible sustentar sólidamente su fuerza vinculante en el derecho positivo<sup>86</sup>. De esta manera, para esta última doctrina, es posible considerar que las sentencias interpretativas (incluidas en el razonamiento jurisdiccional) vinculen a todos los poderes públicos.

No obstante, con motivo en la idea de que sólo el contenido del *decisum* tiene eficacia general, el Tribunal Constitucional generalmente recurre a la práctica de incorporar estas razones al fallo, con una referencia expresa en él a los fundamentos e incluso resumiendo estas razones en el fallo o en un apartado *ad hoc*<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> Cfr. Jiménez, J.: "España. Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley", en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa Actual*, *op. cit.* p.183.

<sup>84</sup> Cfr. Rubio, F.: *op. cit.* pp.490 y 491.

<sup>85</sup> Cfr. *Ídem*, p.484.

<sup>86</sup> Cfr. *Ídem*, p.488.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

### 3.- Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional italiana

La Corte Constitucional italiana tiene su origen, en la Constitución italiana del año 1947. En lo que respecta a sus atribuciones respecto al control de constitucionalidad de las leyes y actos con fuerza de ley, está dotado de un control de tipo preventivo, de carácter abstracto y facultativo sobre las leyes regionales, ejercido por acción del gobierno; un control a posteriori, de carácter abstracto y facultativo en contra de una ley estatal o regional, ejercido por acción de las regiones; y finalmente un control a posteriori, de carácter concreto, ejercido por vía de excepción (cuestión de inconstitucionalidad), que se presenta con mayor frecuencia en la práctica<sup>88</sup>.

En lo referido a la dictación de sentencias atípicas por parte de la Corte Constitucional, como señalamos, en un primer momento la Corte Constitucional ha dictado sentencias interpretativas desestimatorias, en las que afirma que la cuestión que se somete a control es infundada, en cuanto se acoja una interpretación constitucional que esté en conformidad con la Constitución de la disposición impugnada. Sin embargo, como también mencionamos, frente a las dudas surgidas con respecto a la eficacia que tendrían este tipo de decisiones en la jurisdicción ordinaria, es que la Corte dicta sentencias interpretativas estimatorias, en las que se afirma la inconstitucionalidad de ciertas normas extraídas de la disposición atacada, ya no únicamente en la motivación de la decisión, sino que también en el fallo de la sentencia.

Ahora bien, la Corte Constitucional también ha dictado sentencias aditivas, sustitutivas<sup>89</sup> y sentencias de incompatibilidad<sup>90</sup>. Con posterioridad ésta ha creado un nuevo tipo de sentencias aditivas: las sentencias aditivas de principio. Este tipo de decisiones se asemejan a las sentencias aditivas clásicas, en cuanto ambas declaran la inconstitucionalidad de una disposición por lo que no prevé, diferenciándose en que mediante las últimas se introducen al ordenamiento jurídico nuevas normas jurídicas, en tanto que mediante este tipo de decisiones se introducen principios a los que el legislador deberá dar actuación en el ejercicio de la actividad legislativa<sup>91</sup>.

Asimismo, la Corte Constitucional con frecuencia ha procedido a dar avisos, advertencias o amonestaciones con la finalidad de que el parlamento intervenga realizando una modificación o integración de la normativa de dudosa constitucionalidad. Esto se materializa en una decisión de falta de fundamento o de inadmisibilidad, en la que en su motivación se realiza una invitación para que el legislador, intervenga regulando la materia sometida al control de constitucionalidad. A su vez, las advertencias pueden ser específicas y puntuales o genéricas y flexibles. En ambos casos, se encierra la amenaza más o menos expresa, de la declaración de inconstitucionalidad del

---

<sup>88</sup> Cfr. Favoreu, L.: *Los tribunales... cit.*, p.91.

<sup>89</sup> Cfr. Pizzorusso, A.: "El tribunal Constitucional italiano" en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales, op. cit.* pp.254 y 255.

<sup>90</sup> Cfr. Romboli, R.: *Op. cit.* p.72.

<sup>91</sup> Cfr. Groppi, T.: *Op. cit.* p.494.

precepto impugnado, para el caso de la inactividad del legislador<sup>92</sup>. Este tipo de decisiones sentencias se asemeja a las sentencias que denominamos exhortativas, mencionadas anteriormente.

Con respecto a la eficacia de este tipo de decisiones en la jurisdicción ordinaria<sup>93</sup> se ha señalado que las interpretaciones que efectúa la Corte no tendrían fuerza vinculante y únicamente se impondrían gracias a la eficacia persuasiva de la motivación de sus decisiones o la autoridad que detentaría este órgano colegiado. Como señalamos, este es el principal motivo del paso de las sentencias interpretativas desestimatorias a las sentencias interpretativas estimatorias, en donde reaccionando a la tendencia de los jueces ordinarios a interpretar las leyes en forma distinta a como lo hace la Corte, ésta supera los límites estructurales de las primeras, declarando en la parte dispositiva de la sentencia la inconstitucionalidad de una de las normas que se derivan del precepto impugnado<sup>94</sup>. Asimismo, esto es lo que permitiría justificar mayormente en Italia la práctica de incluir en el fallo, una referencia expresa a los fundamentos, o un resumen de aquellos, en razón de la inexistencia de un precepto que autorice la extensión de la eficacia general de la sentencia<sup>95</sup>.

En lo referido a la eficacia de las sentencias atípicas, que suponen un más alto grado de manipulación de los textos legislativos, como son las sentencias aditivas y sustitutivas, la jurisdicción ordinaria en ciertas ocasiones, sólo le ha reconocido valor y eficacia a la parte ablativa de aquellas sentencias, negándose a observar su parte reconstructiva, en razón de que esta sería una exacerbación de las funciones que la Constitución y la ley le atribuiría a la Corte Constitucional<sup>96</sup>.

---

<sup>92</sup> Cfr. Romboli, R.: "Italia", en *Las tensiones entre el tribunal constitucional y el legislador en la Europa actual*, op. cit. pp.109 a 111.

<sup>93</sup> En este aspecto, también nos remitimos a lo dicho sobre el caso italiano en la sección 7.1 del Capítulo I.

<sup>94</sup> Cfr. Rolla, G.: *Op. cit.* pp. 160 y 161.

<sup>95</sup> Cfr. Rubio, F.: *Op. cit.* p.488.

<sup>96</sup> Cfr. Romboli, R.: "La tipología de las decisiones de la corte constitucional... cit.", p. 65.

## CAPITULO III

### LAS SENTENCIAS ATÍPICAS EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL NACIONAL

#### **1.- Las sentencias atípicas en el control de constitucionalidad de las leyes**

Frecuentemente el Tribunal Constitucional chileno (en adelante Tribunal Constitucional) ha dictado sentencias atípicas<sup>97</sup>. Se ha señalado que mediante el recurso a este tipo de sentencias el Tribunal Constitucional desarrollaría una función creadora de derecho, abriendo la puerta al “legislador positivo” y a al cuestionamiento de las bases del orden republicano y democrático. Todo esto bajo el pretexto de salvar la legitimidad constitucional de la ley<sup>98</sup>.

Se ha sostenido que, mediante la utilización de esta clase de sentencias, el Tribunal Constitucional estaría en una situación de coherencia con la deferencia razonada<sup>99</sup>. Así también que, su utilización encontraría sustento en consideraciones de orden práctico, de economía jurídica, en orden a buscar un mejor y más fluido funcionamiento del ordenamiento estatal<sup>100</sup>.

Para efectos de realizar un mejor análisis de la materia, a continuación estudiaremos las sentencias atípicas dictadas por el Tribunal Constitucional, en función de los tipos de control de constitucionalidad de la ley de los que está dotado.

#### **2.- Las sentencias atípicas en el control preventivo de constitucionalidad de las leyes**

##### **2.1.-Planteamiento doctrinal**

Pese a no existir con anterioridad a la reforma constitucional del año 2005 el supuesto de un control de constitucionalidad de tipo represivo, con efectos anulatorios, que justifique mayormente la utilización de las sentencias atípicas, como sucede en el derecho comparado, el Tribunal Constitucional también ha recurrido a la práctica de dictar esta clase de sentencias<sup>101</sup>.

---

<sup>97</sup> Cfr. Zapata, P.: *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el derecho comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p.325.

<sup>98</sup> Cfr. Zúñiga, F.: “La sentencia del Tribunal Constitucional” en Nogueira, H. (Coord.): *Justicia constitucional en Chile y América latina: Presente y prospectiva*, LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 318 y 319.

<sup>99</sup> Cfr. Zapata, P.: *Op. cit.* p.325.

<sup>100</sup> Cfr. *Ídem.* pp.327 y 328.

<sup>101</sup> Cfr. Bordalí, A.: “La tutela de los derechos fundamentales... p.47.

Así, de igual manera que su símil francés, el Tribunal Constitucional ha dictado sentencias interpretativas o prevenciones, en el marco del control de constitucionalidad preventivo. Desde su utilización por primera vez en 1985, ésta se ha transformado en una herramienta de utilización frecuente por parte del Tribunal Constitucional<sup>102</sup>. Asimismo, aunque en muy escasas oportunidades, el Tribunal Constitucional también ha recurrido a la dictación de “exhortaciones al legislador”<sup>103</sup> (que nosotros anteriormente denominamos como sentencias exhortativas).

Se ha señalado, que al parecer el móvil de los jueces constitucionales nacionales para la dictación de esta clase de sentencias, en el marco del control de constitucionalidad preventivo, más que encontrarse en un temor en la generación de un vacío normativo, se encontraría en evitar dar la autorización para la incorporación al ordenamiento jurídico de un precepto que pudiese dar lugar a interpretaciones inconstitucionales. En razón de aquello es que mediante la interpretación de un futuro precepto legal que proporcionarían los jueces constitucionales se intentaría evitar que los jueces ordinarios puedan darle una interpretación disconforme con la Constitución al precepto, una vez que esté vigente<sup>104</sup>.

Correa ha señalado<sup>105</sup> que a partir de la última reforma constitucional<sup>106</sup>, la institución de la reserva de interpretación perdería toda justificación y el Tribunal Constitucional debería dejar de utilizarla. Para lo anterior aduce que efectivamente es posible que una misma disposición pueda dar lugar a distintas interpretaciones, algunas de ellas contrarias a la Constitución Política de la República (en adelante CPR). En efecto, estima que hasta antes de la reforma las reservas podían justificarse en el hecho de que el Tribunal Constitucional solo efectuara un control de la constitucionalidad de la ley de tipo preventivo, de manera que no tenía ningún tipo de control sobre su posterior interpretación. De esta manera, mediante las reservas de interpretación se intentaba suplir esa falta de un control a posteriori. No obstante, con la reforma constitucional del año 2005, al ser el mismo Tribunal Constitucional quien controla la constitucionalidad en la aplicación de la ley mediante la inaplicabilidad, se haría del todo innecesaria y riesgosa la institución de la reserva de interpretación.

No coincido con el planteamiento anterior. Equivocadamente a mi parecer Correa identifica ambos juicios de constitucionalidad, sin atender a las diferencias que entre ellos existen. Como se ha señalado, el mecanismo de la inaplicabilidad de las leyes, a diferencia del control de constitucionalidad de carácter abstracto, no implica ejercer un control de la constitucionalidad de las leyes, ya que en él no se efectúa un contraste entre norma y norma. A través de este medio no existe una defensa propiamente tal de la supremacía constitucional<sup>107</sup>. De

---

<sup>102</sup> Cfr. Zapata, P.: *Op. cit.* p.326.

<sup>103</sup> Cfr. *Ídem.* p.327.

<sup>104</sup> Cfr. Bordalí, A.: “La tutela de los derechos fundamentales...” p.47.

<sup>105</sup> Cfr. Correa, R.: “Tribunal Constitucional” en *Revista de derecho, Universidad Adolfo Ibáñez*, N°2, 2005, p. 771, cit. por Zapata, P.: *Op. cit.* p.330.

<sup>106</sup> Reforma Constitucional practicada por la ley N°20.050 de 26 de agosto de 2005.

<sup>107</sup> Cfr. Bordalí, A.: “Jueces constitucionales...” cit., p.50.

esto se colige que la inaplicabilidad no es el medio idóneo para controlar la constitucionalidad de las interpretaciones dadas a los preceptos legales. La inaplicabilidad sólo es un medio útil para verificar si los preceptos legales son constitucionales en su aplicación a un caso concreto, mas no en forma abstracta. Por tanto, no se trata de juicios de constitucionalidad sustituibles, sino que de carácter complementarios. En este sentido, a mi entender, la creación del mecanismo de la inaplicabilidad no trae como consecuencia que la institución de las reservas en el control de constitucionalidad preventivo se haga innecesaria.

Creo que a falta de instancias legislativas que permitan el perfeccionamiento de un proyecto de ley con una deficiente técnica legislativa o con omisiones que dificulten su aplicación efectiva (siempre que estas no impliquen una evidente inconstitucionalidad) por parte de los operadores jurídicos, la institución de las sentencias atípicas se encuentra justificada desde el punto de vista práctico. No obstante, creo que principalmente en función del hecho de que las condicionantes establecidas para la dictación de esta clase de sentencias en el derecho comparado, se encuentran cumplidas únicamente de manera parcial en el control de constitucionalidad preventivo, el Tribunal Constitucional debe asumir una posición menos activa en lo que respecta a la dictación de esta clase de sentencias.

Así vemos que, en lo que respecta al control de constitucionalidad de carácter preventivo, sus características no permiten dar lugar a una situación de *horror vacui*, consistente en la existencia de un temor a que con la anulación de una ley con carácter general se produzcan peores resultados al vicio contenido en la ley misma. En este sentido, la presencia de este temor a la generación de un vacío normativo, en el contexto de una sociedad dotada de sistemas normativos cada vez más complejos e interdependientes, debe constituir a mi entender un elemento determinante para juzgar la mayor o menor necesidad en la dictación de esta clase de sentencias. Así, al no ser posible crear un vacío normativo en el marco de ese control de constitucionalidad, creo que la dictación de esa clase de sentencias debe ser menos generosa. En segundo lugar, en conexión con el fundamento anterior, me parece que la deferencia y respeto hacia el legislador democrático establecida como condicionante para la dictación de esta clase de decisiones, debe variar en función del objeto sometido a examen de constitucionalidad. Así, en razón de una mayor presunción de legitimidad constitucional de la ley que la de un proyecto de ley, los esfuerzos del Tribunal Constitucional por buscar la conformidad constitucional deben ser mayores en el primer caso que en el segundo. Esta diferenciación de criterios está íntimamente ligada a la fundamentación anterior, adquiriendo sentido en las mayores exigencias de conservación del ordenamiento jurídico y de no creación de vacíos legales<sup>108</sup>, que debe cumplir el Tribunal Constitucional.

---

<sup>108</sup> Cfr. Rolla, G.: *Op. cit.* p.160.

## 2.2.- Análisis jurisprudencial

El primer fallo que analizaremos es el referido al control de constitucionalidad preventivo del proyecto de ley orgánica constitucional sobre los estados de excepción<sup>109</sup>. En esta sentencia el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el siguiente precepto: durante los Estados de Excepción la autoridad tendrá las atribuciones contempladas expresamente y “Las demás que le otorguen las leyes en su calidad de tal”. A continuación señala que dicha referencia: “debe entenderse dirigida a leyes orgánicas constitucionales, puesto que las atribuciones de la autoridad durante la vigencia de los Estados de Excepción sólo pueden estar regladas en leyes de tal carácter de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 41, n°9, de la CPR. Por lo tanto, debe concluirse que sólo en esta inteligencia esta parte de los aludidos preceptos se ajusta a las normas constitucionales”<sup>110</sup>.

El fragmento del considerando que acabo de citar contiene una prevención. Esta es coincidente con las sentencias interpretativas desestimatorias, en vista de que en la misma el Tribunal Constitucional suministra una interpretación de la disposición examinada, condicionando la constitucionalidad de aquella a su observación. Esto queda de manifiesto en el considerando citado cuando el Tribunal Constitucional señala la forma en la que “debe entenderse” la disposición, añadiendo que “sólo en esta inteligencia” se ajustaría a la Constitución.

Asimismo, este fallo destaca por el hecho de que la prevención que acabamos de mencionar sólo se encuentra mencionada en la parte considerativa de la sentencia. Esta situación escapa a la regla general, ya que usualmente el Tribunal Constitucional busca reforzar la eficacia de sus decisiones, incorporando expresamente las prevenciones en la parte resolutive del fallo, al menos en lo que respecta al control de constitucionalidad de carácter preventivo.

El siguiente fallo que analizaremos es sobre el control de constitucionalidad preventivo del proyecto de ley que introduce en la ley orgánica del Congreso Nacional las adecuaciones necesarias para adaptarla a la ley n°20.050, que reformó la CPR<sup>111</sup>. En la parte considerativa de este fallo, específicamente en la sección VI, se establece un apartado titulado “normas del proyecto de ley que se declaran constitucionales en el entendido que en cada caso se indica”. En este apartado se establecen 4 prevenciones<sup>112</sup>. En una de estas se señala que el nuevo inciso

---

<sup>109</sup> STC, Rol 29-85, considerando 2°.

<sup>110</sup> STC, Rol 29-85, considerando 2°.

<sup>111</sup> STC, Rol 1602-10.

<sup>112</sup> Las otras prevenciones establecidas en el Rol 1602-10 son las siguientes:

A propósito de la norma que dispone: “Los materiales de registro de las secretarías de las comisiones y de los comités parlamentarios, tales como grabaciones, apuntes u otros instrumentos de apoyo a esa labor, no serán públicos” el Tribunal Constitucional previene que dicha disposición es constitucional “en el entendido que sólo se

introducido al artículo 5 de esta ley orgánica<sup>113</sup> es constitucional “en el entendido que la facultad que le otorga al Presidente de cada Cámara para “verificar el cumplimiento de los requisitos para desempeñar el cargo de diputado o senador, según corresponda” en el caso a que alude, es sin perjuicio de la atribución que el artículo 93, inciso primero, N°14, de la Constitución confiere a esta Magistratura para pronunciarse sobre las inhabilidades de los parlamentarios”<sup>114</sup>.

La anterior prevención, así como el resto de las prevenciones realizadas en este fallo, son coincidentes con las denominadas sentencias interpretativas desestimatorias, en vista de que en todas ellas se señala una interpretación de la disposición examinada, que constituye el condicionamiento de la constitucionalidad de la misma. Nuevamente queda de manifiesto la interpretación correctiva que suministra el Tribunal Constitucional, con la utilización de la frase “en el entendido” en las 5 prevenciones y en el título del apartado en la que se encuentran estas.

Asimismo, en este fallo se busca reforzar la eficacia de las decisiones del Tribunal Constitucional mediante la incorporación expresa de cada una de las prevenciones en la parte resolutive de la sentencia.

En el fallo sobre el control de constitucionalidad del proyecto de ley que moderniza el Ministerio de Defensa Nacional<sup>115</sup>, a propósito del inciso quinto del artículo 26 del proyecto<sup>116</sup>, el

---

refiere a los insumos necesarios para que tanto las comisiones como los comités parlamentarios puedan tomar las decisiones que les corresponden en ejercicio de sus funciones” (Considerando 28°).

A propósito de la norma que indica que “Dichos informes y antecedentes serán proporcionados por el servicio, organismo o entidad por medio del Ministro del que dependa o mediante el cual se encuentre vinculado con el Gobierno, manteniéndose los respectivos documentos en reserva o secreto. El Ministro sólo los proporcionará a la comisión respectiva o a la Cámara que corresponda, en su caso, en la sesión secreta que para estos efectos se celebre.” el Tribunal Constitucional previene que el precepto en análisis es constitucional “en el entendido que los “informes y antecedentes” a que alude son aquellos que sean declarados secretos o reservados por una ley de quórum calificado en conformidad a lo que dispone el artículo 8°, inciso segundo, de la Carta Fundamental” (Considerando 30°).

A propósito de la norma que establece: “Quedarán exceptuados de la obligación señalada en los incisos primero y tercero, los organismos de la Administración del Estado que ejerzan potestades fiscalizadoras, respecto de los documentos y antecedentes que contengan información cuya revelación, aun de manera reservada o secreta, afecte o pueda afectar el desarrollo de una investigación en curso.” el Tribunal Constitucional previene que dicha norma es constitucional “en el entendido que la referencia que en ella se hace a “los incisos primero y tercero” del precepto lo es a “los incisos primero y segundo” de la misma disposición” (Considerando 32°).

A propósito de la norma que dispone que: “Si alguna de las Cámaras rechaza lo acordado por la otra en el trámite de aprobación de un tratado internacional se formará una Comisión Mixta en los términos previstos en el artículo 70 de la Constitución Política. Si la discrepancia se presenta en el trámite de sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas o de retiro de una reserva que haya formulado el Presidente de la República y que tuvo en consideración el Congreso Nacional al momento de aprobar un tratado, se constituirá una comisión mixta, de igual número de diputados y senadores, la que propondrá a ambas Cámaras la forma y modo de resolver las dificultades.” el Tribunal Constitucional previene que la disposición transcrita es constitucional “en el entendido que el informe de la Comisión Mixta respectiva sobre la forma y modo de resolver las dificultades suscitadas deberá aprobarse en cada Cámara con el quórum que corresponda de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54, N° 1), inciso primero, de la Constitución Política”(Considerando 34°).

<sup>113</sup> Artículo 5: Para los efectos de lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 51 de la Constitución Política de la República, corresponderá al Presidente de cada Corporación verificar el cumplimiento de los requisitos para desempeñar el cargo de diputado o senador, según corresponda.

<sup>114</sup> STC, Rol 1602-10, considerando 26°.

<sup>115</sup> STC, Rol 1587-10.

<sup>116</sup> Artículo 26 inc. 5°: El Jefe del Estado Mayor Conjunto dependerá del Ministro de Defensa Nacional, de quien será asesor directo e inmediato en todo lo que diga relación con el desarrollo y empleo conjunto de la fuerza.

Tribunal Constitucional previene que éste se ajusta a la CPR “en el entendido de que “el mando militar de las fuerzas terrestres, navales, aéreas y conjuntas asignadas a las operaciones, en conformidad a la planificación secundaria de la defensa nacional” que se le confiere en el precepto al Jefe del Estado Mayor Conjunto, no altera ni limita la atribución especial confiada al Presidente de la República por el artículo 32, N° 18°, de la Carta Fundamental, de “asumir, en caso de guerra, la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas”<sup>117</sup>.

La prevención efectuada en este fallo es coincidente con las denominadas sentencias interpretativas desestimatorias. Nuevamente en este fallo se acude a la frase “en el entendido” para expresar el condicionamiento interpretativo con el que se establece la constitucionalidad del precepto examinado.

Las anteriores son sólo algunas de las prevenciones dictadas por el Tribunal Constitucional nacional<sup>118</sup>.

En el fallo sobre el control de constitucionalidad del proyecto de ley orgánica constitucional sobre votaciones y escrutinios<sup>119</sup>, el Tribunal Constitucional tras efectuar un análisis del proyecto en general, señala que: “3) algunos de los puntos específicos de ellas – materias del proyecto remitido- no aparecen lo suficientemente regulados lo que si bien no permite, razonablemente, sostener la inconstitucionalidad general del proyecto, si aconseja hacerlos presente, con el objeto de prevenir sobre la necesidad de legislar sobre ellos, a fin de evitar que por su falta de regulación se produzcan vacíos que dificulten el cabal cumplimiento de la voluntad legislativa, con conformidad a las prescripciones de la Carta fundamental<sup>120</sup>. A continuación el Tribunal Constitucional menciona cada una de las materias respecto de las cuales, es necesaria una regulación más íntegra. Finalmente, en la parte resolutive de la sentencia, el Tribunal señala que: “4°. Se hace presente a la H. Junta de Gobierno la necesidad de complementar, oportunamente, esta ley con las materias indicadas en los considerandos 11, 18, 19 y 25 de esta sentencia”.

En este fallo, tanto en el considerando como en la parte resolutive de la sentencia es identificable una sentencia atípica de carácter exhortativo. En efecto, esta clase de sentencia se caracteriza por el hecho de que en ella el Tribunal Constitucional efectúa orientaciones u observaciones al legislador, en las que le señala los lineamientos a seguir para adecuar un cuerpo normativo en forma íntegra a la Carta Fundamental. Estas características son posibles de

---

Asimismo, ejercerá el mando militar de las fuerzas terrestres, navales, aéreas y conjuntas asignadas a las operaciones, en conformidad a la planificación secundaria de la defensa nacional”.

<sup>117</sup>STC, Rol 1587-10, considerando 10°.

<sup>118</sup>Los siguientes son algunos de los fallos en los que el Tribunal Constitucional acude a la técnica de las prevenciones:

STC, Rol 46-87; STC, Rol 50-87; STC, Rol 91-89; STC, Rol 141-92; STC, Rol 213-95; STC, Rol 306-2000; STC, Rol 443-2005; STC, Rol 1595-10; STC, Rol 1577-09.

<sup>119</sup> STC, Rol 53-88.

<sup>120</sup> STC, Rol 53-88, considerando 7°.

identificar en la sentencia recién mencionada, toda vez que el Tribunal Constitucional busca “hacer presente” al legislador, tanto en la parte considerativa como en la resolutive de la sentencia, de que una falta de regulación de ciertos puntos del proyecto pueden provocar problemas en su plena adecuación a la Constitución.

En el fallo sobre el control de constitucionalidad del proyecto de ley sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal<sup>121</sup>, el Tribunal Constitucional rememora el hecho de que diversos cuerpos normativos le han entregado a CONAF funciones que implican el ejercicio de potestades públicas, sin perjuicio de que esta entidad es de naturaleza privada. Asimismo, se menciona que de igual manera como aconteció con dichos cuerpos normativos, este proyecto le implica atribuirle nuevas funciones públicas a CONAF. Después el Tribunal Constitucional menciona casos similares en los que frente a preceptos legales que les atribuían funciones públicas a organismos de naturaleza privada este había declarado su inconstitucionalidad. Finalmente, luego de invocar la doctrina de la interpretación conforme y el deber del Tribunal Constitucional por evitar la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos legales si los efectos posibles de producirse con esta declaración resultan aún más inconstitucionales, este declara la constitucionalidad de aquellas disposiciones del proyecto de ley que le asignan a CONAF funciones en las que en su cumplimiento se ejercen potestades públicas.

En este fallo destaca el hecho de que el Tribunal Constitucional dicta una sentencia atípica exhortativa. En efecto, junto con declarar la constitucionalidad del proyecto de ley y de aquellos preceptos que le otorgan dichas potestades públicas a CONAF, el tribunal dispone en la parte considerativa y resolutive de la sentencia lo siguiente: “esta declaración exige a esta Magistratura hacer presente a los Poderes Colegisladores la inconveniencia de la mantención de situaciones constitucionalmente anómalas como las aludidas y, especialmente en el presente caso, exhortar a S.E. la Presidenta de la República para que regularice la naturaleza jurídica de la CONAF, procediendo a la dictación del Decreto Supremo a que se refiere el artículo 19 de la Ley N° 18.348, publicada el año 1984, o empleando otro medio constitucionalmente idóneo que el Gobierno estime adecuado”<sup>122</sup>. De esta manera, el Tribunal Constitucional orienta a los poderes colegisladores acerca de la situación de anomalía constitucional en la que se encontrarían ciertos preceptos del proyecto de ley, buscando además “hacer presente” y “exhortar” a los poderes colegisladores para efectos de solucionar dichas inconveniencias.

---

<sup>121</sup>STC, Rol 1024-08.

<sup>122</sup>STC, Rol 1024-08, considerando 24°.

### 3.- Las sentencias atípicas en el control de inaplicabilidad de las leyes

#### 3.1.- Planteamiento doctrinal

En el marco del mecanismo de la inaplicabilidad de los preceptos legales, el Tribunal Constitucional ha dictado sentencias atípicas de tipo interpretativo. Así, al rechazar un recurso de inaplicabilidad, en ocasiones este ha señalado que existe una sola interpretación de la ley que representa el verdadero sentido y alcance de la norma, la cual sería compatible con la Constitución; o que si bien existen varias interpretaciones de la ley, todas igualmente válidas, sólo en el caso de que se interprete ésta en la forma que indica el Tribunal Constitucional en su sentencia, la misma podrá considerarse aplicable, con prescindencia de los otros sentidos igualmente válidos considerando en forma aislada el precepto legal<sup>123</sup>.

Se ha justificado la dictación de las sentencias interpretativas en el marco del recurso de inaplicabilidad, en base a los mismos sustentos teóricos esgrimidos para la dictación de esta clase de sentencias, en el modelo de justicia constitucional europeo: el principio de la conservación de la ley (en virtud del cual se busca evitar la generación de vacíos normativos) y en el principio de la interpretación conforme. Así, se aduce que mediante el empleo de este tipo de decisiones en el marco del recurso de inaplicabilidad, se favorecería una solución menos drástica, que consistiría en declarar aplicable el precepto legal impugnado en un determinado sentido, en vez de declararlo inaplicable<sup>124</sup>.

Me parece que la fundamentación anterior, dada para la dictación de las sentencias interpretativas en el marco del recurso de inaplicabilidad, es inductiva a error. Esto principalmente por dos razones. Una de ellas es porque realmente carece de sentido hablar de la situación del *horror vacui* y del respeto por el legislador democrático, en el marco de un control con características concretas, como es el mecanismo de la inaplicabilidad. En efecto, una sentencia estimatoria de inaplicabilidad, solo declara la inaplicabilidad de un precepto legal con efecto personal relativo o *inter partes*. Como puede apreciarse, esto está lejos de presentar similitudes con los inconvenientes a los que se enfrentó el modelo de justicia constitucional europeo, dadas las características de dicho sistema, en donde la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad importa la declaración de inconstitucionalidad y por ende la invalidez y anulabilidad de los preceptos legales, con efecto personal general o *erga omnes*. Es frente a tales inconvenientes que son ideadas estas técnicas que buscan paliar las drásticas consecuencias de una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad. Atendido lo dicho, difícilmente se puede

---

<sup>123</sup> Cfr. Avilés, V.: "Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional y los cuestionamientos o dificultades que las mismas presentan" en *Revista de derecho público*, N° 72, 2010, p.212.

<sup>124</sup> Cfr. *Ídem*. p.217.

justificar la utilización de estas técnicas en el marco de un modelo de características concretas. En segundo lugar, y en conexión con lo ya señalado, la fundamentación esgrimida desconoce un hecho fundamental: mediante la inaplicabilidad no se controla la constitucionalidad de las leyes, ya que mediante esta no se efectúa un contraste entre norma y norma. Como ya señalamos, por este medio no se enjuicia la validez de las disposiciones legales. No existe por esta vía una defensa propiamente tal de la Constitución. En este sentido, este no es el mecanismo idóneo para pronunciarse sobre el correcto sentido interpretativo que tendrían los preceptos legales.

### 3.2.- Análisis jurisprudencial

El primer fallo que analizaremos<sup>125</sup> data del 19 de agosto del año 2008 y consiste en un requerimiento de inaplicabilidad en el que se alega la inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 230 del Código procesal penal (en adelante CPP). En la parte petitoria de este recurso se solicita la inaplicabilidad del inciso primero del artículo 230 del CPP, referido a la oportunidad en la que el fiscal puede formalizar la investigación, en razón de que la aplicación de dicho precepto, a su juicio, haría inviable la eficacia del ejercicio de la acción penal por parte del querellante particular, derecho que se encontraría reconocido en el artículo 83 de la CPR. Frente a este requerimiento el Tribunal Constitucional señala lo siguiente: “con la formalización del Ministerio Público, nace el proceso penal; si no lo hace, nunca llegará a la potestad del órgano jurisdiccional, lo que significa, por una parte, subordinar a una decisión del persecutor estatal el ejercicio de la jurisdicción y, por la otra, como consecuencia obvia y necesaria, privar a la víctima del derecho que le otorga expresamente la Carta Fundamental a tener un proceso racional y justo, en el cual, pueda hacer valer sus derechos y lograr su tutela efectiva por medio de una sentencia”<sup>126</sup> Más adelante expresa “cualquier razonamiento que conduzca a privar a la víctima de su derecho a ejercer la acción penal, dando así eficacia a su decisión de contar con un proceso jurisdiccional donde se le haga justicia, por causa de decisiones del Ministerio Público, ha de ser descartada, pues subordina el derecho de acceder a los tribunales a las decisiones del persecutor estatal, con lo cual se le priva, de esa forma, del derecho de acción que le confiere el numeral 3º del artículo 19 de la Carta Fundamental, en concordancia con el artículo 83 de la misma”<sup>127</sup>. Finalmente, en la parte resolutive de la sentencia se establece que se acoge el requerimiento deducido “sólo en cuanto se decide que una aplicación de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 230 del CPP, en el sentido que haga equivalente el poder de los fiscales para formalizar la investigación a ejercer dicha facultad de manera discrecional en términos de no practicarla y, por otra parte, no ponerle término por alguno de los medios legales, hasta la fecha de prescripción

---

<sup>125</sup> STC, Rol 815-2008.

<sup>126</sup> STC, Rol 815-2008, considerando 4º.

<sup>127</sup> STC, Rol 815-2008, considerando 5º.

del delito, existiendo ejercicio de la acción penal por parte del querellante, produce efectos contrarios a la Constitución. En consecuencia, el precepto legal no puede aplicarse con ese alcance en el caso en que incide el presente requerimiento.”

En el fallo anterior se dicta una sentencia interpretativa desestimatoria de inaplicabilidad. Lo anterior debido a que en esta sentencia el Tribunal Constitucional elimina una de las normas que se deducen de la disposición impugnada, por estar en contradicción con la Constitución, pudiendo ser aplicable la misma, en lo que respecta a las demás inteligencias que se hagan de ella. Lo anterior queda de manifiesto cuando se establece en la parte resolutive de la sentencia, que el precepto legal es inaplicable “sólo en cuanto” en un determinado sentido produce efectos contrarios a la Constitución. Así, al final de la resolución del fallo se dispone que “el precepto legal no puede aplicarse con ese alcance en el caso en que incide el presente requerimiento”.

El siguiente fallo que analizaremos versa sobre el mismo precepto legal que se impugnó en el fallo citado con anterioridad. Creo que es pertinente su análisis, ya que permite dar cuenta de cómo ante un mismo asunto, mediante un ejercicio hermenéutico el Tribunal Constitucional puede modificar los efectos de sus decisiones, en el marco del mecanismo de la inaplicabilidad.

En este fallo, el Tribunal Constitucional hace un cambio en la interpretación que le asignaba al artículo 230 del CPP<sup>128</sup> (interpretación coincidente con la señalada en el fallo anterior). La base petitoria de este es muy similar a la anterior, solicitándose en el requerimiento la inaplicabilidad de los artículos 230 y 186 del CPP (este último artículo se refiere al control judicial anterior a la formalización de la investigación), en razón de que el Ministerio Público había decidido no formalizar la investigación y solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa. Esto implicaba, según la parte requirente, dejarlo sin la posibilidad de ejercer su derecho de acción penal, en vistas de que sin la formalización le sería imposible seguir adelante con el procedimiento, constituyendo este hecho una arbitrariedad por parte del Ministerio Público, que vulneraría los artículos 83 y 19 n°3 de la Carta Fundamental. En el pronunciamiento sobre este requerimiento el Tribunal Constitucional ahora estima que el artículo 230 del CPP no estaría en colisión con la normativa constitucional – contradiciendo lo señalado en el fallo citado anteriormente- y con respecto al artículo 186 del CPP señala lo siguiente: "que, contra lo que pretende el peticionario, este precepto legal, correctamente interpretado, es el que precisamente impide que la aplicación de las normas alusivas a la facultad privativa del fiscal para formalizar dé como resultado la conculcación del derecho de la víctima y querellante para impulsar el desarrollo del proceso penal, cuando la negativa del fiscal o su simple omisión carezca de fundamento plausible"<sup>129</sup>. Posteriormente, el Tribunal Constitucional señala que es posible darle una interpretación al artículo 186 del CPP que “respete cabalmente la letra y el espíritu del inciso

---

<sup>128</sup> STC, Rol 1337-09.

<sup>129</sup> STC, Rol 1337-09, considerando 7°.

segundo del artículo 83 constitucional”<sup>130</sup>. Fundamenta este tipo de interpretación en que: “según como lo ha declarado en más de una vez (...) no cabe pronunciarse por la inconstitucionalidad de una norma (en la especie, por la inaplicabilidad de ella) si la misma admite, correctamente interpretada, una lectura conforme a la Carta fundamental, como es la que respecto del artículo 186 del CPP se hace (...)”<sup>131</sup>. Con base en tales consideraciones, el Tribunal Constitucional rechaza el requerimiento planteado.

En este fallo existe una sentencia interpretativa desestimatoria de inaplicabilidad. En efecto, en esta sentencia el Tribunal Constitucional suministra una interpretación de la disposición impugnada que permitiría salvar a dicho precepto de su inaplicabilidad en el caso concreto, desestimándose por tanto el recurso interpuesto. Esto queda de manifiesto cuando el Tribunal Constitucional señala que el precepto impugnado si es “correctamente interpretado” impediría la conculcación de la acción penal de la víctima y querellante. Abogando por esta interpretación el Tribunal Constitucional le da sustento a la misma en la doctrina de la interpretación conforme. Esto queda de manifiesto cuando el Tribunal Constitucional señala que: “no cabe pronunciarse sobre la inconstitucionalidad (en la especie, por la inaplicabilidad de ella) si la misma admite, correctamente interpretada, una lectura conforme a la Carta fundamental”.

Ahora bien, como se notará, tanto en este fallo como en el anterior, el Tribunal Constitucional más que limitarse a un juicio de inaplicabilidad de los preceptos legales, ha efectuado un juicio de validez de los preceptos impugnados, buscando en ambos casos una interpretación de aquellos, que esté en conformidad o disconformidad con la Constitución. Lo anterior a través de una sentencia interpretativa estimatoria de la inaplicabilidad (en el primer caso) y de una sentencia interpretativa desestimatoria de la inaplicabilidad (en el segundo caso).

En este sentido, el Tribunal Constitucional al dictar sentencias interpretativas de los preceptos impugnados está contradiciendo lo que el mismo ha señalado anteriormente, con respecto al hecho de en el control de inaplicabilidad este carecería de la facultad de efectuar un ejercicio de interpretación conciliador entre el precepto impugnado y la Constitución. Lo anterior ha sido manifestado por el Tribunal Constitucional en estos términos: “al pronunciarse sobre la inaplicabilidad de un precepto legal, esta Magistratura decide si su aplicación en una determinada gestión judicial resulta contraria a los fines previstos en la Constitución estimando la relación jurídico–procesal en que incide y, por ende, su examen es particular, no se dirige a calificar la legitimidad constitucional del enunciado normativo en abstracto. No le corresponde en ese proceso, entonces, discernir otras interpretaciones de la ley diversas a las que derivan de la forma en que ella se aplica en ese caso concreto. Circunscrita la *litis* a las pretensiones de las partes, carece el tribunal de facultad para buscar una interpretación de la ley conforme a la Constitución

---

<sup>130</sup> STC, Rol 1337-09, considerando 8°.

<sup>131</sup> STC, Rol 1337-09, considerando 9°.

y debe limitarse, como se ha dicho, a establecer si su aplicación específica se atiene o concuerda con aquella”<sup>132</sup>.

#### **4.- Las sentencias atípicas dictadas en la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes**

##### **4.1.- Planteamiento doctrinal**

La forma en la que se configura la cuestión de inconstitucionalidad en nuestro sistema es coincidente con la forma en la que se estructura el modelo de justicia constitucional europeo. En este sentido, el juicio de constitucionalidad se enfrenta ante los mismos inconvenientes, con respecto a los cuales las sentencias atípicas han intentado ser la solución o el remedio menos drástico. Lo anterior en vista de que como ya señalamos, mediante el empleo de estas técnicas se busca paliar las drásticas consecuencias de una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad.

En lo que respecta a la fundamentación de las sentencias atípicas en la cuestión de inconstitucionalidad, nos remitiremos a lo señalado para fundamentarlas en el marco del sistema de justicia constitucional europeo, dada la coincidencia que existe en la configuración de ambos controles de constitucionalidad.

##### **4.2.- Análisis jurisprudencial**

Analizaremos el fallo del 5 de junio del 2007, consistente en un requerimiento de inconstitucionalidad<sup>133</sup> del inciso tercero del artículo 416 del CPP<sup>134</sup>. En este requerimiento se solicita que se estime la inconstitucionalidad del mencionado inciso, referido al desafuero, toda vez que se aduce que este violentaría las garantías de un debido proceso. Para sustentar la afirmación anterior, se aduce el hecho de que con este inciso podría desaforarse a un parlamentario sin que este pueda último ejercer derecho a defensa alguno.

El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el requerimiento, señalando primero que todo que “no existe una relación causal entre ambos juicios –de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, en términos que la inaplicación de un precepto provoque necesariamente su

---

<sup>132</sup>STC, Rol 590-06, considerando 8°.

<sup>133</sup>STC, Rol 590-06.

<sup>134</sup> Artículo 416 del Código procesal Penal, inciso 3°: Si se tratare de un delito de acción privada, el querellante deberá ocurrir ante la Corte de Apelaciones solicitando igual declaración, antes de que se admitiere a tramitación su querrela por el juez de garantía.

inconstitucionalidad. Perfectamente una disposición declarada inaplicable puede ser constitucional en abstracto y resultar aplicable en otros casos”<sup>135</sup>. Además se menciona el hecho de que “si bien la sentencia previa de inaplicabilidad es condición del ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, ésta es examinada y resuelta en su propio mérito y, adicionalmente, exige la calificación de supuestos vinculados al interés público”<sup>136</sup>.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional realiza una remisión a un anterior fallo en donde sostuvo que “tal y como lo han reconocido uniformemente la doctrina y la jurisprudencia comparadas, el respeto hacia la labor que desarrolla el legislador obliga al Tribunal Constitucional, en su función de contralor de la constitucionalidad de la ley, a buscar, al menos, alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental y sólo en el evento de no ser ello posible (...) resultará procedente y necesaria la declaración de inconstitucionalidad”<sup>137</sup>. Como se puede notar, el Tribunal Constitucional alude a la deferencia al legislador democrático y a la doctrina de la interpretación conforme, la que como sabemos, constituye un fundamento para la dictación de las sentencias atípicas.

Así también el Tribunal Constitucional señala que “el ordenamiento constitucional es un sistema normativo, que regula poderes públicos, reconoce y ampara derechos subjetivos y fundamenta, en fin, la cohesión y equilibrio político y social. La exclusión de una norma legal es consecuencia de la ruptura de ese ordenamiento, para restablecerlo en plenitud. Dicha finalidad no se logra si la expulsión del precepto legal puede acarrear efectos aún más nocivos que los que produce su pervivencia. Una decisión de tal envergadura requiere, pues, la ponderación de su conveniencia para el orden constitucional que esta Magistratura debe cautelar. El criterio adecuado para calificarlo es la determinación de las consecuencias de la desaparición del precepto legal. Si deviene una situación más perjudicial o negativa que la preexistente a su anulación, no resulta conveniente para el interés público y la plena vigencia del Estado de Derecho la derogación de la norma”<sup>138</sup>. Acá el Tribunal Constitucional, está haciendo referencia a la situación de *horror vacui* que anteriormente mencionamos como uno de los fundamentos de la dictación de las sentencias atípicas.

En base a tales circunstancias, el Tribunal Constitucional señala que “es dable concluir que el procedimiento relativo a personas que gozan de fuero constitucional, tratándose de delitos de acción privada, admite la recepción de pruebas, cuando procede, y, por tanto, el precepto del artículo 416, inciso tercero, del CPP permite ser interpretado en una forma que lo compatibiliza con las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos que asegura la

---

<sup>135</sup> STC, Rol 590-06, considerando 5°.

<sup>136</sup> STC, Rol 590-06, considerando 17°.

<sup>137</sup> STC, Rol 681-06, considerando 8°.

<sup>138</sup> STC, Rol 590-06, considerando 9°.

Constitución Política”<sup>139</sup>. Finalmente el Tribunal Constitucional desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

De la lectura de este fallo, es posible notar que el Tribunal Constitucional dicta una sentencia interpretativa desestimatoria. En efecto el Tribunal Constitucional dicta una resolución de desestimación, pero al mismo tiempo, suministra una interpretación de la norma que ha sido impugnada, que sirve para evitar la declaración de inconstitucionalidad.

Asimismo, podemos notar tras la lectura de esta sentencia que el Tribunal Constitucional efectúa una fundamentación de su resolución de carácter interpretativo desestimatorio, que es coincidente con aquella que se ha establecido para la dictación de las sentencias atípicas en el sistema de jurisdicción constitucional europeo.

Finalmente destaca el hecho de que en esta sentencia el Tribunal Constitucional exhorta al legislador en los términos siguientes: “ante las dudas, dificultades y encontradas interpretaciones que ha generado la aplicación del artículo 416, inciso tercero, del Código Procesal Penal, esta Magistratura no puede sino hacer presente a los poderes legislatores la conveniencia de regular adecuada y eficazmente el procedimiento de desafuero de parlamentarios en delitos de acción privada”<sup>140</sup>.

---

<sup>139</sup> STC, Rol 590-06, considerando 14°.

<sup>140</sup> STC, Rol 590-06, considerando 25°.

## CONCLUSIÓN

- Tras este estudio es posible concluir que el recurso a la utilización de las sentencias atípicas, es bastante frecuente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno.
- El Tribunal Constitucional chileno dicta sentencias atípicas en el marco de los diversos controles de constitucionalidad de las leyes: en el marco del control de constitucionalidad preventivo, en el control de inaplicabilidad y en la cuestión de inconstitucionalidad.
- Dentro de las sentencias atípicas, el recurso a las sentencias interpretativas o prevenciones, como también se le ha denominado, es el más frecuente dentro de esta clase de sentencias.
- La proliferación de la dictación de sentencias atípicas, tanto en el sistema de justicia constitucional comparado, como en el nuestro demuestra que la concepción del legislador negativo se encuentra superada. En este sentido, se hace necesario modificar dicha concepción para adecuarla a los reales inconvenientes con los que se encuentra el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Estos inconvenientes, como ya lo hemos señalado, principalmente son aquellos que derivan de la anulación de los preceptos legales- esto es sin perjuicio de los inconvenientes que provienen del mismo ejercicio de la jurisdicción constitucional, como es aquella que se deriva del objeto sobre el cual recae esta actividad, al distinguirse entre enunciado y norma-, que en ocasiones viene a provocar efectos aún más perniciosos que la mantención de dicho precepto con el vicio de inconstitucionalidad.
- Es precisamente en atención a lo anterior, que creo que el recurso a la dictación de las sentencias interpretativas debe variar en función del control de constitucionalidad que tratemos. Así frente a un juicio de constitucionalidad que no esté dotado de sentencias con efectos anulatorios *erga omnes* de los preceptos legales, la utilización de este recurso debe ser menos generoso. Lo mismo se aplica al hecho de un precepto que no ha entrado en vigencia, en donde la anulación de dicha normativa no trae aparejada todos los inconvenientes que la anulación de una norma vigente produce en el contexto de una sociedad normativizada y en donde el valor seguridad jurídica debe ser observado.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Aja, Eliseo- González, Markus.: “Conclusiones generales”, en Aja, E. (ed.): *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998.

Avilés, Víctor: “Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional y los cuestionamientos o dificultades que las mismas presentan” en *Revista de derecho público*, N° 72, 2010.

Kelsen, Hans.: *La garantía jurisdiccional de la constitución*, UNAM, México, 2001.

Kelsen, Hans.: *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995.

Bon, Pierre: “La cuestión de constitucionalidad en Francia ¿Solución o problema?”, en *Revista de Teoría y Realidad Constitucional*, N°23, 2009.

Bon, Pierre: “Francia”, en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998.

Bordalí, Andrés: “La función judicial de defensa del orden constitucional” en Ferrer MacGregor, E. (Coord.): *Derecho procesal Constitucional*, Tomo I, Porrúa, México D. F., 2003.

Bordalí, Andrés: “La tutela de los derechos fundamentales bajo un sistema dual de justicia constitucional” en Bordalí, A. (Coord.): *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, LexisNexis, Madrid, Santiago, 2006.

Bordalí, Andrés: “Análisis crítico del control preventivo y represivo de constitucionalidad de las normas jurídicas por los Tribunales Constitucionales” en Nogueira, H. (Coord.): *Justicia constitucional en Chile y América latina: Presente y prospectiva*, LexisNexis, Santiago, 2005.

Bordalí, Andrés: “Jueces constitucionales. Un poder incómodo” en Ferrer, E.-Zaldívar Lelo de Larrea, A. (Coord.): *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix- Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo V, UNAM, México D.F., 2008.

Correa, Rodrigo: “Tribunal Constitucional” en *Revista de derecho, Universidad Adolfo Ibáñez*, N°2, 2005.

Díaz, Francisco: *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1997.

Favoreu, Louis: *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1993

Favoreu, Louis: *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1993, p.109.

Favoreu, Louis: “La décision de constitutionnalité”, en *Revue internationale de droit comparé*, Vol. XXXVIII, N°2, 1986, p. 262.

Jiménez, Javier: “España. Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley”, en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998.

Goguel, François: “El Consejo Constitucional Francés” en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Favoreu, L. et. al., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

Groppi, Tania: “¿Hacia una justicia constitucional “dúctil”? Tendencias recientes de las relaciones entre corte constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, Vol. XXXVI, N° 107, mayo, 2003.

Guastini, Ricardo: *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999.

Nogueira, Humberto: “Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del sur” en *Revista Ius et praxis*, Vol. X, N° 1, 2004.

Pizzorusso, Alessandro: “El Tribunal Constitucional italiano” en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Favoreu, L. et. al., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

Rolla, Giancarlo: “El control de constitucionalidad en Italia: Evolución histórica y perspectivas de reforma” en *Cuadernos de derecho público*, N°3, 1998.

Romboli, Roberto: “La tipología de las decisiones de la corte constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental” en *Revista española de derecho constitucional*, Vol. XVI, N°48, 1996.

Rousseau, Dominique: *La justicia constitucional en Europa*, Centro de estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

Rubio, Francisco: *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1997.

Zapata, Patricio: *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el derecho comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.

Zúñiga, Francisco: “La sentencia del Tribunal Constitucional” en Nogueira, H. (Coord.): *Justicia constitucional en Chile y América latina: Presente y prospectiva*, LexisNexis, Santiago, 2005.