

Miguel Angel Fernández González*

La Fuerza Normativa de la Constitución

Resumen

El autor plantea, a partir del Principio de Fuerza Normativa o de Vinculación Directa o Inmediata de la Constitución, consagrado en su artículo artículo 6º inciso 2º, que se puede requerir, ante el Tribunal competente, la aplicación directa de cualquier disposición constitucional, para que el juez adopte las medidas tendientes a la protección y eficacia de los derechos fundamentales o para que declare la omisión, dando lugar a la indemnización de perjuicios pertinente o al control político o institucional según corresponda.

A partir del Principio referido y atendido que él se aplica también a los Tribunales, es obligación de estos preterir las normas legales o sublegales contrarias a la Constitución, por lo que, cuando la ley vulnera la Constitución, particularmente en el ámbito de los derechos fundamentales, es obligación del juez despreciar aquella norma que entonces no es tal, y proceder a la resolución del asunto sin considerarla, porque tiene que aplicar la Carta Fundamental, quedando a salvo, ciertamente y en todo caso, los derechos de las partes para impugnar aquella decisión, a través de los recursos de jerarquía constitucional o legal que procedan.

* Magíster en Derecho Público. Profesor de Derecho Político y Constitucional, Universidad Católica, Universidad de Chile y Universidad de Los Andes

I. Marco General

En el marco del tema que nos convoca, me ha parecido oportuno reflexionar en torno de la denominada **fuerza normativa de la Constitución**, en cuanto hállese allí uno de los cambios más trascendentales introducidos por la Carta Fundamental de 1980 y, por ende, aporte gravitante del constitucionalismo del siglo XX al que ya estamos viviendo en el siglo XXI.

Comienzo esta ponencia refiriéndome al **sentido y alcance del precepto constitucional** contenido en el artículo 6º inciso 2º de la Carta Fundamental; enseguida, reviso la **aplicación que la jurisprudencia ha hecho** de este precepto, dándole, precisamente, fuerza normativa a la Constitución; finalmente, me ocupo de **una de las consecuen-**

cias más relevantes de la fuerza normativa referida, a propósito del control de la supremacía constitucional por todos los Tribunales de la República.

II. Sentido y alcance

El artículo 6º inciso 2º de la Constitución dispone que:

“Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.

Consecuencia ineludible del Principio de Supremacía Constitucional, consagrado en el inciso 1º del artículo citado, y, precisamente, para lograr su cabal cumplimiento, es que los preceptos -esto es, mandatos, órdenes o decisiones¹ - contenidos en la Carta Fundamental sean obligatorios, es decir y en términos directos, **trátase de normas jurídicas**, o sea, “regla que se debe seguir o a que se deben ajustar las conductas, tareas, actividades, etc”.²

Por ello, los preceptos contenidos en la Constitución son obligatorios y no constituyen programas, proyectos, idearios o planes, poseyendo, como lo expresa la doctrina nacional, **energía normativa propia**:³

“El principio llamado de la fuerza normativa de la Constitución -o fuerza vinculante o aplicación directa de ésta- podría expresarse en términos simples, diciendo que ella **obliga por sí misma y que los preceptos constitucionales son verdaderas normas jurídicas** que vinculan inmediatamente y simultáneamente a todos los órganos del Estado y a todas las personas y grupos”.⁴

Por ende, la fuerza normativa de la Constitución se manifiesta, en términos concretos, en que el incumplimiento de lo preceptuado por la Carta Fundamental importa la infracción de una norma jurídica, conducta que debe llevar aparejada la aplicación de una sanción, al autor y/o a la conducta, sea en conformidad a lo que disponga la propia Carta Fundamental o, lo que será común, según lo que establezcan las normas complementarias de la Constitución, comenzando por la ley, pero acudiendo a la completa gama de disposiciones jurídicas, hasta acabar en los actos jurídicos celebrados por particulares, según la determinación de las competencias normativas que se encuentra definida, desde luego, en el propio Código Político.

1 En su sentido natural y obvio, al que debe acudirse conforme a lo preceptuado en el artículo 20º del Código Civil, **precepto** significa “mandato u orden que el superior hace observar y guardar al inferior o súbdito; cada una de las instrucciones o reglas que se dan o establecen para el conocimiento o manejo de un arte o facultad”, según se lee en el **Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española** (Madrid, Ed. Espasa - Caipe, 1992) p. 1.172.

2 **Diccionario** citado en *supra* nota 1, p. 1.025.

3 José Luis Cea Egaña: **El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica** (Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1999) p. 180.

4 Luz Bulnes Aldunate: “La Fuerza Normativa de la Constitución” en **Revista Chilena de Derecho** (Número Especial, 1998) p. 137.

1. *Distinción*

Cabe advertir que la Carta Fundamental, efectivamente, **contempla preceptos** -y es lo usual tratándose de la Parte Dogmática de la Constitución- **que no requieren de mediación normativa alguna**. Empero, hay **otros de sus preceptos** -usualmente vinculados con la Parte Orgánica- **en que el Poder Constituyente ha impuesto**, con el rasgo de deber, **la necesidad de mediación normativa**.

Así, **en el primer caso**, esto es, cuando el precepto constitucional no requiere de mediación por parte de otra especie de disposición jurídica, la fuerza normativa se expresa en la **obligatoriedad para todos** -órganos estatales, personas, instituciones o grupos- **en orden a respetar la preceptiva constitucional, aplicándola directamente y sin dilación**, aun cuando no exista disposición complementaria alguna, ni siquiera aquella que regula la forma o procedimiento conforme al cual deba dársele vigencia concreta a la norma constitucional, pues, en este caso, el órgano convocado a darle tal aplicación deberá, incluso, configurar aquel procedimiento acudiendo a las normas del Derecho Común o, en último término, a los principios y reglas generales del Derecho.

En el segundo caso, vale decir, tratándose de preceptos en que el Poder Constituyente ha impuesto, expresamente, la necesidad de mediación normativa, entonces, **la fuerza normativa del Código Político se concreta en requerir** del órgano competente -que usualmente serán los Tribunales-, **la constatación del incumplimiento del deber por parte de quien tenía que complementar el precepto constitucional**, sin que pueda ese Tribunal obligar o conminar al ente estatal remiso a normar, pero habilitando para que operen los mecanismos de control de la responsabilidad política o institucional y, eventualmente, las indemnizaciones de perjuicios que sean procedentes. Empero, **si de aquella omisión se sigue la infracción de derechos fundamentales**, entonces, junto con declararla, el Tribunal **debe proceder a la aplicación directa e inmediata de la preceptiva constitucional** en la defensa de los derechos esenciales.

Ya no existen, en la Constitución de 1980, las denominadas **disposiciones programáticas**, atendido que:

“Los preceptos programáticos no son meros consejos dados por el Constituyente, sino obligaciones constitucionales, impuestas a los órganos de poder constituido, las que no pueden dilatarse indefinidamente”.⁵

Como lo ha expresado el Tribunal Constitucional:

“Que, por su parte, el artículo 6º de la Constitución comprende dos conceptos fundamentales.

5 Germán Bidart Campos: *Tratado Elemental de Derecho Constitucional* (Buenos Aires, EIDAR, 1988) p. 88.

En sus incisos 1º y 2º consagra principios vitales en los cuales descansa la nueva institucionalidad, como son: El de la supremacía constitucional sobre todas las otras normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento positivo y el de la **vinculación directa** de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, siendo, por ende, **tales preceptos obligatorios, tanto para los gobernantes como para los gobernados (...)**.⁶

En concreto, **la fuerza normativa no implica, necesariamente, que los preceptos constitucionales no requieran mediación de otras disposiciones jurídicas**, usualmente de la ley, sino que dicha energía consiste en que **se puede requerir, ante el Tribunal competente, la aplicación, directa e inmediata, de toda disposición constitucional**,⁷ aunque la secuela que se derive de esa omisión sea diversa, pues y en primer lugar, si de ella se sigue la lesión de derechos constitucionales, el Tribunal deberá impetrar las medidas para su protección; y, de otra, si no se produce aquella vulneración, entonces la sentencia se limitará a constatar la omisión, dejando su secuela sancionatoria a los órganos de control de la responsabilidad política o institucional.

Ciertamente, no es posible que, no habiendo derechos fundamentales amagados, sean los Tribunales los que normen complementariamente la Carta Fundamental, pues en este caso, han de comprimir su labor a constatar la omisión, ya que ir más allá conduciría a, en palabras de Karl Loewenstein:

“ (...) otorgar al Poder Judicial la posición dominante de árbitro supremo en la dinámica del proceso político (...). Dado, sin embargo, que la sustancia del conflicto es de naturaleza política, la función del Tribunal Constitucional adquiere necesariamente un carácter político aunque la decisión esté revestida de forma judicial (...).”

Estos nuevos intentos de solucionar los conflictos políticos a través de una instancia judicial encierran considerables peligros, tanto para la judicatura como para el proceso gubernamental (...). **la intervención de los tribunales puede conducir a borrar las fronteras entre la administración de justicia y la política.** Los detentadores del poder, políticamente responsables -gobierno y parlamento-, están expuestos a la tentación de llevar ante el tribunal un conflicto político. **Los jueces, por su parte, están obligados a sustituir las decisiones de los responsables detentadores del poder por sus juicios políticos, camuflados en forma de sentencia judicial. Instalar un tribunal como árbitro supremo del proceso del poder -y este es el núcleo de la “judicialización de la política”-, transformaría, en último término, el sistema gubernamental en un dominio de los jueces o en una “judiciocracia”.**⁸

6 Considerando 10º de la sentencia pronunciada el 27 de octubre de 1983 (Rol N° 19).

7 En este sentido, útil es advertir que éste no es un modelo siempre seguido en el Derecho Comparado, pues existen Sistemas Constitucionales en los cuales el Principio de Vinculación Directa se traduce sólo a la Parte Dogmática.

Así, el artículo 18º de la Constitución de Portugal dispone que:

“Las normas constitucionales relativas a los derechos son directamente aplicables y se imponen a las entidades públicas y privadas”.

A su turno, el artículo 1º párrafo 3. de la Constitución de la República Federal de Alemania preceptúa que:

“Los siguientes derechos fundamentales vincularán a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de ley directamente aplicable”.

8 Karl Loewenstein: *Teoría de la Constitución* (Barcelona, Ed. Ariel, 1983) pp. 321 - 322 y 324 - 325.

La distinción aludida, sin ir más lejos, ha sido confirmada por la **jurisprudencia comparada**, aunque para ella resulte más nítida por el tenor literal de las respectivas disposiciones constitucionales:

“Que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y **no una declaración programática** o principal, es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su artículo 9.1 (...). Pero si es cierto que tal valor necesita ser modulado en lo concerniente a los artículos 39º a 52º en los términos del artículo 53.3 de la Constitución, **no puede haber duda a propósito de la vinculatoriedad inmediata** (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los artículos 14º a 38º (...).”⁹

2. Explicación

Preciso es preguntarse: ¿por qué es al juez a quien corresponde ser guardián de la Constitución frente a los demás órganos estatales, superlativamente el legislador e, incluso, el Poder Constituyente Derivado?

«(...) Basta con decir lo siguiente: **esta concepción señala el abandono consumado del positivismo legalista** en el pensamiento político y jurídico (...), **la pérdida de la creencia en la omnipotencia del legislador estatal** (...). Desde luego, **la existencia y el carácter preceptivo de un orden de valores anterior al Derecho** (...).

(...) naturalmente, **la defensa y protección de la Constitución** y de su sistema de valores constituye la labor y el deber más nobles de todos los órganos estatales y, sobre todo, del legislador. Pero, en caso de duda, es el juez el que tiene de hecho la última palabra (...).»¹⁰

Como he tenido oportunidad de explicarlo:

“Por ello, **jueces independientes**” deben ser los garantes de la Constitución, especialmente del respeto por los órganos del Estado y por los particulares de los **derechos fundamentales**.

De esta manera, el rol asumido por la **Justicia Constitucional** deviene como **consecuencia in-**

9 Sentencia Nº 80 de 1982, pronunciada por el **Tribunal Constitucional de España**, reproducida en Francisco Rubio Llorente: **Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales** (Barcelona, Ed. Ariel, 1995) p. 62.

10 Otto Bachof: **Jueces y Constitución** (Madrid, Ed. Civitas, 1985) pp. 45 - 47.

En el mismo sentido, Mauro Cappelletti: “Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional” en **Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales** (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984) quien da cinco argumentos en favor de la legitimidad creadora de los jueces, pp. 622 - 633; y Francisco Tomás y Valiente **Constitución: Escritos de Introducción Histórica** (Madrid, Marcial Pons, 1996) pp. 25 - 26.

Cfr. Lord Devlin: «Judges and Lawmakers» en **Modern Law Review** Nº 39 (1976) quien señala que «atribuir a la magistratura un papel de élite que se desvía del camino demasiado frecuentado del proceso democrático resulta muy tentador. Sólo sería un desvío aparente. En realidad, sería un camino que jamás aboca a la carretera principal, sino que conduciría, por muy larga y sinuosa que fuera la vía, al Estado totalitario» (p. 2); y J.H. Ely: «Democracy and Distrust» en **A Theory of Judicial Review** (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980), ambos citados por Cappelletti, pp. 620 - 621.

Asimismo, cfr. Carlos S. Nino: «Los Fundamentos del Control Judicial de Constitucionalidad» en **Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad** (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991) pp. 98 55.

11 Francisco Tomás y Valiente: **A Orillas del Estado** (Madrid, Ed. Taurus, 1996), pp. 121 y 134.

evitable del cambio de situación del legislador en el contexto político y jurídico contemporáneo, pues como dice Bachof:

«la relación del hombre con la ley ha cambiado totalmente!

(...)

Para esto (la noción de Montesquieu respecto de la función judicial) había que partir de un supuesto doble: por un lado, la ley era (...) la *ratio* convertida en norma (...). En segundo lugar, se consideraba que las mejores garantías para que la justicia de las leyes quedara protegida radicaban en la entrega de la función legislativa al Parlamento, a los elegidos (...).

Ambos supuestos han desaparecido hoy en gran parte (...).¹²

(...)

En fin, el juez es el supremo garante de la Constitución y su voz la última palabra en la defensa de los derechos fundamentales, pero no se confunda esto con poder omnímodo e ilimitado:

«Los americanos han conferido, pues, a sus tribunales un inmenso poder político, pero al obligarles a no atacar las leyes sino por medios judiciales han reducido grandemente los peligros de ese poder».¹³

Cabe consignar que nuestro Tribunal Constitucional ha asumido ese rol de garante supremo de la Constitución, pero reconociendo que sólo puede ejercerlo dentro de los límites que la propia preceptiva fundamental le señala:

«(...) en cuanto está encargado (el Tribunal Constitucional) de velar por la supremacía constitucional en los términos que lo consagra la Constitución».¹⁴

(...)

¹² Otto Bachof citado en *supra* nota 10, p. 50.

¹³ Alexis de Tocqueville: I *La Democracia en América* (Madrid, Ed. Sarpe, 1984) p. 112.

¹⁴ Considerando 11º de la sentencia pronunciada el 20 de septiembre de 1989 (Rol Nº 78).

Asimismo, véanse las sentencias pronunciadas el 27 de diciembre de 1990 -considerando 6º- (Rol Nº 116); el 18 de junio de 1991 -considerando 22º- (Rol Nº 124); y el 21 de abril de 1992 -considerando 21º- (Rol Nº 146).

Confirmando lo expuesto, léase el discurso pronunciado por el Excmo. Señor Presidente del Tribunal Constitucional don Manuel Jiménez Bulnes el día 29 de enero de 1996, reproducido en *Fallos del Tribunal Constitucional Pronunciados entre el 16 de Julio de 1992 y el 22 de Enero de 1996* (Santiago, editado por el Tribunal Constitucional, 1996) quien señala que:

«Ahora bien, esta función de velar por la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales que tiene el Tribunal Constitucional lo hace normalmente merecedor del título de garante de la Constitución por excelencia; pero es del caso dejar en claro que no es el único órgano obligado a defender la Constitución, pues tal defensa es un deber general de todos los órganos del Estado, de sus integrantes y de toda persona, institución o grupo, según se desprende, entre otros preceptos, de los artículos 6º y 7º de la Constitución al prescribirles su acatamiento y actuación conforme a ella.

(...) Pero la gran diferencia existente entre los órganos e instituciones encargados también de la defensa de la Constitución es que esta obligación es en general un deber genérico y la consecuencia necesaria del cumplimiento de otras funciones o de una más entre ellas. En cambio, para el Tribunal Constitucional, su única razón de ser y existir, es la defensa de la totalidad de la Constitución y no sólo de una de sus partes» (p. 472).

Y lo reitera en su discurso pronunciado en enero de 1997, p. 4.

Recuérdese, finalmente, lo resuelto en 1803, con motivo del **nacimiento del control de constitucionalidad de la ley**:

«Los poderes legislativos son definidos y limitados; y para que esos límites no puedan confundirse y olvidarse, la Constitución es una Constitución escrita. ¿Con qué finalidad se limitarían los poderes y con qué propósito se habrían propuesto esas limitaciones por escrito si esos límites pudieran en cualquier ocasión ser sobrepasados por las personas mismas a quienes la Constitución intenta constreñir? (...). Es demasiado claro que para que se pueda discutir que, o la Constitución está por encima de cualquier norma legislativa que no está de acuerdo con ella, o el Legislativo puede modificar la Constitución por una ley ordinaria. Entre esas dos alternativas no hay término medio. O la Constitución es una norma superior y suprema y no puede ser alterada por los medios ordinarios, o está al mismo nivel de las disposiciones legislativas ordinarias, y, como ellas, puede ser modificada cuando al Legislativo le plazca alterarla. Si lo primero es verdadero, un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley. Si lo segundo, entonces las Constituciones escritas son absurdas tentativas de parte del pueblo para limitar ese poder que es limitado por naturaleza».¹⁵

En resumen, la evolución del régimen democrático constitucional, sobre todo en nexo con la función legislativa, ha derivado en que sean los tribunales los **garantes de la Constitución**, en expresión inequívoca e indiscutida del “**principio de supremacía, única forma de garantizar el respeto por todos de los derechos humanos**”.¹⁶

En suma, ya no es admisible sostener que existen preceptos constitucionales con fuerza normativa y otros que requieran de mediación jurídica posterior para adquirirla. Todos los preceptos de la Carta Fundamental tienen aquella energía normativa, aunque ella se exprese de manera diferente o, en términos más claros, aunque la posición de quien interpreta la Carta Fundamental sea diversa, en cuanto a lo que puede hacer cuando se le requiere la aplicación de sus normas:

“(...) toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo (...)”.

Importa ahora precisar que tanto el Tribunal Constitucional al enjuiciar las leyes (como en el ejercicio del resto de sus competencias), como los jueces y Tribunales Ordinarios, como todos los sujetos públicos o privados, en cuanto vinculados por la Constitución y llamados a su aplicación en la medida que hemos precisado, **deben aplicar la totalidad de los preceptos sin posibilidad alguna de distinguir entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos**, que carecerían de valor normativo. Como podremos ver más abajo, **no todos los artículos de la Constitución tienen un mismo alcance y significación normativas, pero todos, rotundamente, enuncian efectivas normas jurídicas (...)**.¹⁷

15 Marbury v. Madison, citado por Alejandro Silva Bascuñán: *Derecho Político: Ensayo de una Síntesis* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 198) p. 179; véase, asimismo, Andrés Ribas Maura: *La Cuestión de Inconstitucionalidad* (Madrid, Ed. Civitas, 1991) pp. 21 - 28.

16 Miguel Ángel Fernández González: *Principio Constitucional de Igualdad Ante la Ley* (Santiago, Tesis para optar al Grado de Magister en Derecho Público por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, 1997) pp. 173 - 177.

17 Eduardo García de Enterría: *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid, Ed. Civitas, 1994) pp. 64 y 68.

En este sentido, lo expuesto resulta coincidente con la **historia fidedigna** del artículo 6º inciso 2º:

“El señor **Silva Bascuñán** manifiesta como último punto de este Capítulo I -aparte de la redacción que se le dé- debería venir un artículo relativo a la materia que propuso incluir el señor Evans, disposición extraordinariamente rica en su contenido y en sus consecuencias, esto es, **poner de relieve que toda la preceptiva de la Constitución debe ser respetada, tanto por las autoridades que ella establece como por los gobernados**, porque hay gente que estima que sus preceptos rigen exclusivamente para los gobernantes y no para los gobernados, o para un determinado grupo de gobernantes y no para todos ellos.

Agrega que, por eso, como broche de este Capítulo I -que, también, es obvio, por cierto- puede ser útil un precepto que ponga de relieve que **todo el texto de la Constitución rige, simultáneamente, con su pleno vigor para todos los órganos que ella consagra, para todas las personas y los cuerpos gobernados (...)**”.¹⁸

3. Valor de las Acciones y Recursos

Util es, al finalizar este acápite, indagar, más allá de la declaración contenida en el artículo 6º inciso 2º, ¿cómo y por qué se logra la fuerza normativa de la Constitución?

Para ello, resulta útil acudir a la comparación entre la Carta Fundamental de 1980 y su predecesora de 1925, pues esta última **careció de fuerza normativa**, y por ello cabe sostener que tal energía jurídica es un aporte del Poder Constituyente de 1980 al constitucionalismo nacional.

Desde luego, es cierto que **la Constitución de 1925 no contenía una disposición como la del artículo 6º inciso 2º**. Empero y más allá de esa declaración expresa, **aparece evidente la necesidad de que la Carta Fundamental posea fuerza vinculante**, pues lo contrario es partir del supuesto que “las Constituciones escritas son absurdas tentativas de parte del pueblo para limitar ese poder (el legislativo) que es limitado por naturaleza”.¹⁹

En otras palabras, **desconocer la fuerza normativa de la Constitución importa consagrar la soberanía de la ley y no la supremacía de la Carta Fundamental**.

Con todo, **la fuerza normativa de la Carta Fundamental no radica hoy solamente en lo que dice el artículo 6º inciso 2º**, donde se encuentra la Base de la Institucionalidad que así la consagra; como tampoco la carencia de dicha fuerza respecto del Código Político de 1925 no se explica nada más que por la inexistencia de una disposición

18 Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 52ª, pp. 28 - 29.

Léase Emilio Pfeffer Urquiaga: “Antecedentes del Establecimiento de los Artículos 6º, 7º y 9º de la Constitución de 1980” en *Gaceta Jurídica* N° 59 pp. 2 - 3; y Alejandro Silva Bascuñán y Enrique Evans de la Cuadra: “Informes Acerca del Contenido de las Leyes Complementarias de los Artículos 6º y 7º de la Constitución de 1980” en *Gaceta Jurídica* N° 60, pp. 2 - 10.

19 Alejandro Silva Bascuñán: *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1997) citando la sentencia pronunciada por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Marbury / Madison*.

semejante a la recién nombrada. Asimismo, **tampoco se encuentra la explicación de una fórmula o la justificación de la otra en la necesidad de mediación legislativa.**

La genuina fuerza normativa de la Constitución radica en que el Código Político o su legislación complementaria contemplen acciones y recursos -eficaces y efectivos- que permitan obtener de la autoridad pública competente -usualmente la Judicatura- la plena aplicación y real vigencia de la Carta Fundamental, sobre todo cuando se trata del respeto y promoción de los derechos fundamentales.

Adviértase, entonces, **el valor constitucional fundamental que poseen instrumentos como las acciones y recursos de jerarquía constitucional,**²⁰ así como aquellos que contempla la ley,²¹ particularmente cuando tienen por objeto la defensa de los derechos fundamentales o de la supremacía constitucional. Es, precisamente, la posibilidad de acudir, mediante acciones y recursos, ante los Tribunales, sean ordinarios o especiales, lo que obliga a los órganos estatales al cumplimiento de la Constitución, haciendo realidad con ello lo que la jurisprudencia española denomina **deber de lealtad:**

“La obligación de todos los poderes públicos (incluidos, naturalmente, los autonómicos) de acatar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (...) **implica un deber de lealtad de todos ellos en el ejercicio de sus propias competencias**”.²²

En consecuencia, el conjunto de acciones y recursos, contemplados en la Constitución y en la ley, es el que hace real la fuerza normativa de la Carta Fundamental, pues es mediante aquellos instrumentos que se obtiene, especialmente de la Judicatura, la vigencia efectiva de los preceptos fundamentales²³.

III. Jurisprudencia

Traigo a colación dos sentencias, a mi juicio paradigmáticas, en las que nuestros Tribunales han dado cabal aplicación a la fuerza normativa de la Carta Fundamental, a partir de la omisión legislativa en la regulación de asuntos de relevancia constitucional, los cuales, además, se vinculan directamente con el ejercicio de los derechos fundamentales.

4. Aplicación Directa por el Tribunal Constitucional en relación con la Propaganda Electoral

Este primer caso es un ejemplo de la denominada **inconstitucionalidad por omisión**, esto es:

20 Véanse los artículos 12º, 19º Nº 7º letra i), 19º Nº 24º inciso 3º, 20º, 21º y 80º de la Constitución.

21 Piénsese en el Recurso Especial de Amparo Económico contemplado en la Ley Nº 18.971, publicada en el Diario Oficial el 10 de marzo de 1990.

22 Sentencia Nº 46 de 1990, pronunciada por el Tribunal Constitucional de España, reproducida en Francisco Rubio Llorente: *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales* (Barcelona, Ed. Ariel, 1995) p. 62.

23 Artículos 5º inciso 2º y 73º inciso 2º.

“La falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación”.²⁴

Aquella omisión constituye una conducta contraria a la Constitución, puesto que y aun sin considerar que de aquella inactividad se siga la lesión de derechos fundamentales:

“(...) La declaración de la inconstitucionalidad por omisión arranca, en efecto, de que la imperatividad de los principios y disposiciones constitucionales sean mantenidas, más allá de un plazo y circunstancias razonables, en condición de inaplicación indefinida. Esta anomalía equivale a dejar supeditada la supremacía a lo que disponga la ley, asumiendo que aquel principio carecería de sentido de autorrealización”.²⁵

El 5 de abril de 1988, el Tribunal Constitucional resolvió:

“Que un análisis del proyecto en general, a la luz de lo expuesto en los considerandos precedentes, nos lleva a las siguientes conclusiones: 1) Que todas sus normas son propias de ley orgánica constitucional, porque versan sobre las materias señaladas en el artículo 18º de la Carta Fundamental; 2) Que el proyecto contiene todas las materias que, en relación con las votaciones populares y escrutinios, debe contemplar, conforme a la disposición constitucional antes citada y 3) Que algunos puntos específicos de ellas no aparecen suficientemente regulados lo que si bien no permite, razonablemente, sostener la inconstitucionalidad general del proyecto, sí 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.

Que los aspectos específicos sobre los cuales se previene la necesidad de legislar son los que se señalan en los considerandos siguientes, por las razones que en cada caso se expresan.

Que el párrafo 6º del Título I del proyecto remitido trata sobre «Propaganda y Publicidad». El artículo 31º establece: «Se entenderá por propaganda electoral la dirigida a inducir a los electores a emitir su voto por candidatos determinados o a apoyar algunas de las proposiciones sometidas a plebiscito. Dicha propaganda sólo podrá efectuarse en las oportunidades y en la forma prescrita en esta ley».

Como puede apreciarse, el legislador, dando una correcta aplicación al ámbito de la ley orgánica constitucional relativa al «sistema electoral público» dispone que será esta ley la que determine las oportunidades en que podrá efectuarse propaganda electoral, como así también la forma en que ella deberá realizarse. De esta manera los artículos 32º a 36º, entre otros, del proyecto remitido, regulan estos aspectos.

Que, sin embargo, tal regulación no es completa, porque el proyecto establece en su artículo 32º la oportunidad en que podrá hacerse propaganda electoral por medio de la prensa, radioemisoras y canales de televisión, pero no regula el complemento indispensable de esta norma, cual es, todo lo concerniente a evitar discriminaciones en dicha propaganda política y a ase-

24 José Julio Fernández Rodríguez: *La Inconstitucionalidad por Omisión* (Madrid, Ed. Civitas, 1998) p. 81.

25 José Luis Cea Egaña, citado en *supra* nota 3, p. 180.

gurar una efectiva igualdad entre las diferentes candidaturas, tratándose de procesos electorales o de las distintas proposiciones que se formulen al país, en el caso de los actos plebiscitarios, lo cual, además, resulta necesario que la ley lo efectúe, para dar fiel cumplimiento al mandato constitucional contenido en el artículo 18° de la Carta Fundamental.

Que, en consecuencia, siendo materia de esta ley regular la propaganda electoral por medio de la prensa, radioemisoras y canales de televisión y no conteniéndose en ella las normas correspondientes para asegurar una efectiva igualdad entre las diferentes candidaturas, en el caso de los actos electorales o de las distintas proposiciones, tratándose de procesos plebiscitarios, el Tribunal estima que es su deber prevenir sobre la necesidad de que se dicten, oportunamente, las normas legales complementarias pertinentes destinadas a cumplir tal objetivo.

Que, siguiendo en este mismo orden de materias, cabe señalar, ahora, que el artículo 1° de la Carta Fundamental constituye uno de los preceptos más fundamentales en que se basa la institucionalidad, ya que por su profundo y rico contenido doctrinario refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional.

El inciso final de este artículo señala como uno de los deberes fundamentales del Estado, «asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional». Esta norma es de vastas proyecciones, pero sin duda adquiere especial relevancia en los procesos electorales y plebiscitarios, ya que, a través de ellos, el pueblo ejerce la soberanía nacional manifestando su parecer sobre las personas que estarán a cargo de llevar adelante las funciones básicas del Estado en procura de obtener su finalidad primordial: «contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece».

Que la Carta Fundamental después de establecer esta norma rectora y vital va encarnándola en preceptos concretos: enumera los derechos que se les asegura a las personas, fija los distintos Poderes y Órganos que constituyen la estructura del Estado, el régimen de gobierno, sus atribuciones, sus limitaciones y, en fin, las normas conforme a las cuales podrá enmendarse o modificarse la Constitución misma.

Entre este conjunto de normas básicas es necesario destacar, ahora, por su directa vinculación con el tema en estudio, la contenida en el artículo 19° N° 2°, que expresa que la Constitución asegura a todas las personas «La igualdad ante la ley». «En Chile no hay persona, ni grupo privilegiados». «Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias».

Que, por último, es tal la importancia que la Constitución de 1980 le atribuye al ejercicio de la soberanía nacional por el pueblo, que no le bastó con lo dicho, sino que estimó necesario dar un encargo especial al legislador sobre este aspecto, disponiendo en su artículo 18° que la ley orgánica constitucional que regule el «sistema electoral público», deberá garantizar siempre la plena igualdad entre los independientes y los miembros de los partidos políticos, tanto en la presentación de las candidaturas como en su participación en los procesos electorales y plebiscitarios.

Esta es la voluntad de la Constitución y todo esfuerzo que se haga con el objeto de hacer realidad esta voluntad suprema debe ser considerado como su fiel expresión.

Que, sin embargo, estos conceptos que aparentemente son sencillos se tornan complejos y difíciles cuando se asume la tarea de traducirlos en normas concretas, tanto porque su expresión a través de fórmulas simplemente aritméticas no logra el propósito de igualdad perseguido,

como, porque naturalmente es distinta la situación en que un ciudadano independiente y un miembro de un partido político enfrentan una elección. El primero está libre de todo compromiso político y estatutario, pero, a su vez, no dispone del apoyo de una organización jurídica que lo respalde; el miembro de un partido político, en cambio, está subordinado a una estructura política y a normas que se ha obligado a respetar, pero, al propio tiempo, cuenta con la ventaja que entraña pertenecer a una colectividad política, una de cuyas finalidades es, precisamente, la participación organizada en los actos electorales y plebiscitarios.

Que, por otra parte, tampoco pueden ser las mismas normas que rijan los procesos electorales que aquellas que regulen los actos plebiscitarios, ya que mientras los primeros dan opción a los independientes a hacerse representar por candidatos; en los actos plebiscitarios, en cambio, tal opción no se presenta, pues se trata de aprobar o rechazar una reforma constitucional o una determinada proposición de los gobernantes en los casos previstos en la Constitución.

Que de lo expuesto en los considerandos anteriores se infieren algunas reglas concretas que el legislador deberá tener presente en la regulación de los procesos electorales y plebiscitarios, para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1º inciso final, 18º y 19º N° 2º, de la Carta Fundamental. Ellas son: 1) **Que los independientes y los miembros de partidos políticos deberán tener en los procesos electorales igualdad de oportunidades para elegir y ser elegidos y para gozar de las facultades inherentes a esos derechos** en sus aspectos básicos, sin que obste a ellos las diferencias que puedan producirse, en lo accidental, como consecuencia de la natural situación de unos y otros, según ha quedado demostrado; 2) **Que las reglas que se den en materia de elecciones no pueden ser exactamente iguales a las que rijan en los plebiscitos**, por la diferencia jurídica sustantiva que existe entre ellos, y 3) **Que la ley no puede crear privilegios en favor de unos y en perjuicio de otros que rompa el necesario equilibrio que debe existir entre los participantes de los actos electorales y plebiscitarios**.

Que así enfrentado el problema, dando a las normas constitucionales una interpretación razonable y no mecánica y aplicándolas con realismo a las distintas situaciones que se presentan, puede concluirse que **el proyecto establece un trato igualitario en la participación de los independientes y de los miembros de los partidos políticos en los procesos electorales y plebiscitarios previstos en la Constitución, salvo en cuanto no regula respecto del plebiscito a que se refiere la disposición vigesimaséptima transitoria de la Constitución, el derecho de los independientes a tener sedes oficiales y oficinas de propaganda y a designar apoderados para que asistan a las actuaciones que deben realizar, conforme a la ley, las respectivas Juntas Electorales, Mesas Receptoras de Sufragios, Colegios Escrutadores y Oficinas Electorales, como sí, en cambio, se establece respecto de la persona propuesta en el plebiscito y de los partidos políticos**. No se trata, por cierto, de que cada independiente, considerado aisladamente, tenga estos derechos, ya que obviamente ello tornaría el plebiscito en un acto irrealizable ni tampoco que ello sea habitual, sino simplemente que, en este plebiscito, un conjunto de ellos y sometiéndose al procedimiento que le señale la ley, puedan disponer de estos derechos.

Que, por lo expuesto, **este Tribunal hace presente la necesidad de complementar las normas del proyecto con disposiciones tendientes a otorgar a los independientes los derechos mencionados**.

Que para terminar con este tema vale la pena hacer **una reflexión final**: Es cierto que el Tribunal Constitucional pudo restablecer la igualdad reparando los preceptos del proyecto que confieren estos derechos a los partidos políticos y a la persona propuesta por los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y el General Director de Carabineros, titulares, o por el Consejo

de Seguridad Nacional, en su caso; pero es cierto también que si así hubiere procedido habría generado una inconstitucionalidad de vastas proyecciones como sería infringir el derecho de asociación política consagrado en el artículo 19º N° 15º de la Carta Fundamental, ya que siendo una finalidad propia de los partidos políticos participar en los procesos electorales y plebiscitarios, también lo es que ellos puedan velar, a través de los apoderados, por la objetividad del acto plebiscitario. Por su parte, negar este derecho a la persona propuesta al país para desempeñar el cargo de Presidente de la República importaría crear una situación inequitativa, pues carecería de toda justificación razonable”.²⁶

En la sentencia transcrita, el Tribunal Constitucional optó por configurar un mecanismo de cooperación, aunque no vinculante para el legislador,²⁷ antes que pronunciar la inconstitucionalidad de las normas proyectadas.

Ciertamente que el mecanismo adoptado por nuestro Tribunal no es desconocido en el Derecho Comparado:

«Dadas las particularidades del principio de igualdad en la ley, la cooperación entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario puede constituir un modelo teórico más adecuado para compatibilizar el inmediato restablecimiento de la igualdad con el respeto del ámbito funcional de actuación del legislador. Si el Tribunal se limita a detectar la discriminación, dejando que sea el legislador el que, haciendo uso de su libertad de configuración, restablezca la igualdad, estos intereses no se excluyen mutuamente, como en el caso de una actuación unilateral por parte de una de dichas instituciones.

(...)

(...) la cooperación entre el Tribunal y el legislador constituye una nueva filosofía que se va abriendo paso en Derecho Comparado a través de múltiples figuras de muy diverso alcance. Así, cabe mencionar, por una parte, la existencia en Italia de un cauce formal para que el Parlamento pueda reaccionar con prontitud frente a las sentencias de la Corte Costituzionale,²⁸ y, por otra, la figura portuguesa de la inconstitucionalidad por omisión, a través de la cual el Tribunal Constitucional portugués pone en conocimiento del órgano parlamentario competente la existencia de una inconstitucionalidad por omisión para que sea éste el que restablezca la constitucionalidad²⁹». ³⁰

26 Considerandos 9º a 20º de la sentencia pronunciada el 5 de abril de 1998 (Rol N° 53).

27 Con todo, el Legislador cumplió lo dispuesto por el Tribunal, como se lee en la Ley N° 18.808, publicada en el Diario Oficial el 15 de junio de 1989 y en la Ley N° 18.963, publicada en el Diario Oficial el 10 de marzo de 1990.

28 La institución del seguimiento legislativo de dichas sentencias constituye una consecuencia del mandato constitucional de comunicarlas a las Cámaras parlamentarias para que éstas «tomen las medidas que consideren oportunas» (artículo 136º de la Constitución italiana). Tanto el reglamento del Congreso de los Diputados (artículos 108º 55.) como el del Senado (artículo 139º) la regulan como un mecanismo para que la Comisión parlamentaria materialmente competente pueda analizar dichas sentencias y pronunciarse, en su caso, sobre la conveniencia de emprender reformas legislativas.

29 Regulada en los artículos 283º de la Constitución portuguesa y 67º y 68º de la Ley del Tribunal Constitucional, se trata de una fórmula de cooperación mucho más desarrollada que la anterior, ya que da lugar a un pronunciamiento especial que se limita a detectar la existencia de una inconstitucionalidad. De esta forma, se puede hacer frente a un supuesto (la inconstitucionalidad por omisión) respecto al cual el Tribunal no puede garantizar la supremacía de la Constitución sin invadir el ámbito de actuación funcional del legislador ordinario.

30 Markus González Beilfuss: “Delimitación de Competencias entre el Tribunal Constitucional y el Legislador Ordinario en el Restablecimiento de la Igualdad en la Ley” en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 42 (septiembre - diciembre de 1994) pp. 135 - 136.

En suma, estas situaciones de cooperación pueden encontrarse reguladas en el propio ordenamiento jurídico o ser producto de una elaboración jurisprudencial y, en este segundo caso, ella puede consistir, concretamente, en el llamado que haga el tribunal al legislador para que, sin hallarse éste obligado, dicte normas que a juicio de aquél ha omitido, cual fue el caso en la sentencia antes transcrita.

5. Aplicación Directa por la Comisión Resolutiva en el caso del Multiportador Discado

El segundo caso que traigo a la memoria es más explícito todavía que el anterior, puesto que aquí la Comisión Resolutiva, sobre la base de aplicar directamente la Constitución, tendiente a facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales, asume incluso la posición de normar directamente, en un sentido que después simplemente repetirá el legislador:

“1. Las compañías telefónicas locales pueden participar en la prestación de servicios de telecomunicaciones de larga distancia nacional e internacional, mediante la adopción del llamado sistema multicarrier discado, exclusivamente o acompañado del sistema multicarrier contratado, que permitan al usuario la libre elección del portador. Asimismo, las compañías que ofrecen servicios de larga distancia nacional e internacional pueden participar en la prestación de servicios de telecomunicaciones locales. En ambos casos deben reunirse las siguientes condiciones, según proceda:

- a) Las empresas que prestan telefonía local deben dar la misma clase de accesos o conexiones a todos los portadores de servicios de telecomunicaciones de larga distancia, para suministrarles un servicio de idéntica calidad en cuanto a aspectos tales como el grado de servicio, ruido, respuesta de frecuencia, tiempo de conexión, etc.
- b) Las empresas que se integren verticalmente, para dar servicios locales y de larga distancia nacional e internacional, deben hacerlo por medio de empresas filiales o coligadas constituidas como sociedades anónimas abiertas, perfectamente diferenciadas, de modo que sea posible identificar, fácilmente, entre otros factores, los costos de transferencia.
- c) Las empresas locales que posean enlaces de larga distancia con concesiones otorgadas antes del 8 de septiembre de 1990 o después, si tal ha sido el caso, deberán transferirlos a una empresa filial o coligada en un plazo máximo de seis meses, si descan continuar operándolos (...).
- d) La medición, tasación, facturación y cobranza de los servicios de larga distancia serán efectuadas por la empresa local, de acuerdo con tarifas no discriminatorias aprobadas por la autoridad del sector, sin perjuicio de que todas o algunas de las funciones mencionadas pueden ser efectuadas directamente por cada portador.
- e) El formato, dimensión y rubros que debe contener la cuenta única que recibirá el abonado, serán determinados por la autoridad del sector.
- f) Los usuarios de servicios de telecomunicaciones podrán acceder al portador de larga distancia de su preferencia, marcando el mismo número de dígitos para identificar a cualquier

portador. Estos números deben ser sorteados por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, entre los portadores de larga distancia.

- g) Las empresas que actualmente prestan servicios de telefonía local, deben introducir, a su costa, modificaciones en sus centrales locales para dar acceso a todos los portadores de larga distancia, sin perjuicio de recuperar esas inversiones en tarifas, no discriminatorias, que cobrarán a los portadores de larga distancia por el uso de sus instalaciones, las que también deberán ser aprobadas por la autoridad.
- h) El cargo de acceso a la empresa local correspondiente, que no será discriminatorio, deberá ser aprobado por la autoridad y soportado por cada empresa de larga distancia. Dicho cargo deberá reflejar el costo directo de este servicio, de modo que esté desprovisto de toda forma de subsidio de la larga distancia a las telecomunicaciones locales.
- i) Los directorios o guías telefónicas locales que se editen deben dar información sobre las distintas alternativas posibles de usar, para acceder a los servicios de larga distancia nacional e internacional, en igualdad de condiciones para todas las empresas que prestan estos servicios.
- j) Las empresas de telefonía local deberán poner, periódicamente, a disposición de los portadores de larga distancia nacional y/o internacional, en la forma que determine la autoridad, la base de datos en que conste el número telefónico del abonado, tipo de tráfico cursado, monto de su facturación, portador utilizado y cualquiera otra información que la autoridad del sector considere indispensable para garantizar la transparencia en el mercado de las telecomunicaciones. También la autoridad deberá adoptar las medidas que estime necesarias para garantizar la debida reserva con que deberá utilizarse esta información.
- k) En dos o más empresas de telecomunicaciones que deban competir entre sí, no podrán existir directores ni gerentes comunes.

II. Además, la incorporación o ingreso de las empresas de telecomunicaciones locales a la prestación de los servicios de larga distancia nacional e internacional sólo podrá producirse cuando se reúnan, copulativamente, las siguientes condiciones:

1. Que se ponga en aplicación el sistema multicarrier discado, en todas las centrales automáticas.
2. Que todas las centrales locales automáticas, digitales y analógicas de la concesionaria, que se integre verticalmente, estén en condiciones de dar igual acceso a todos los portadores y que se hallen establecidos los sistemas de medición y otros indicados en la decisión primera.
3. Que esté en normal funcionamiento un sistema de control, por parte de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, de las condiciones que este fallo establece, que pueda estar a cargo de ella misma o de una empresa independiente, cuyas mediciones tengan validez legal³¹.

En este caso, como se puede advertir, la Comisión arbitró los medios que permitieran a todas las empresas dedicadas a la actividad económica lícita de las telecomunicaciones de telefonía local y de larga distancia nacional e internacional, para que pudieran desarrollar dicha actividad en ambos mercados, puesto que prohibírselo a algunas de

31 Resolución Nº 389, pronunciada por la Comisión Resolutiva el 19 de abril de 1993.

ellas o vedarle intervenir en uno de esos ámbitos vulneraba lo preceptuado en el artículo 19º N° 21º de la Constitución. Lo obrado por la Comisión fue, a mayor abundamiento, confirmado por la **Corte Suprema**, conociendo de recursos de queja interpuestos en contra de la Resolución N° 389:

“Que, como se puede apreciar, el sistema ideado por la Comisión Resolutiva, se funda en los períodos que establece, los objetivos que deben cumplirse en ambos y, en especial, como ya se ha indicado en más de una oportunidad, en lograrse una transparencia en la libre contratación de los servicios, igualdad de competición, mejor servicio para los usuarios y facilidad de control y fiscalización en el funcionamiento del servicio. Al adoptarse tal resolución la Comisión lo ha hecho después de un procedimiento regular de doble instancia, no observándose que las medidas impugnadas sean arbitrarias o ilegales, y que al dictarse se haya cometido falta o abuso, sino que ellas **forman parte de un adecuado razonamiento sobre materias técnicas** en que se han tenido en cuenta los informes pertinentes sobre el particular y si bien, las pretensiones de las empresas recurrentes no han sido del todo acogidas, ello se debe a que por sobre sus intereses particulares, están los que integran el sistema de libre competencia y de mejor servicio para los usuarios, todo ello sin perjuicio de apreciar que conforme al DL. N° 211, la Comisión Resolutiva al emitir su pronunciamiento está facultada para apreciar la prueba en conciencia.

Que la Comisión Resolutiva, conforme a su reglamentación, DL. N° 211 de 1973, puede dictar **resoluciones de carácter general a las cuales deben ajustarse los particulares en la celebración de los actos o contratos que puedan atentar contra la libre competencia** y, en esta forma, no resulta aceptable la alegación de que se habría excedido de sus atribuciones al reglamentar situaciones propias de una Ley”.³²

Empero y por otro lado, como no había normativa que regulara el libre y ordenado ejercicio de la actividad referida, entonces, dándole aplicación directa e inmediata a la Carta Fundamental, procedió a establecer las condiciones para que así fuera. Es más, **impuso obligaciones normativas**, tendientes a complementar su resolución, **a la autoridad administrativa**:

“La **Subsecretaría de Telecomunicaciones implementará y velará por el cumplimiento de las condiciones** señaladas en las decisiones de este fallo (...).

Para el lapso previo a la operación del sistema de multicarrier discado, **la Subsecretaría deberá elaborar un marco operativo que permita y facilite la participación de las empresas portadoras sólo de larga distancia**, que cuenten con concesiones vigentes o a quienes la autoridad otorgue concesión. Ese marco **se debe sustentar** en los siguientes principios:

1. **Se mantienen sin variaciones los circuitos y enlaces de larga distancia automática nacional e internacional**, destinados al servicio de telefonía pública, de acuerdo al estado que tenían al 6 de septiembre de 1990, expresado en minutos.

32 Considerandos 6º y 7º de la sentencia pronunciada el 24 de enero de 1994, reproducida en XCI *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2ª p., S. 6ª, pp. 42 - 43. Léanse, además y para verificar el cumplimiento de la Resolución N° 389, la Resolución N° 419, expedida por la Comisión Resolutiva el 26 de agosto de 1994, y la sentencia de la Corte Suprema pronunciada el 15 de noviembre de 1994, reproducida en XCI *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2ª p., S. 6ª, pp. 185 - 191.

2. Los nuevos circuitos de larga distancia automática nacional e internacional, que sean necesarios como consecuencia del desarrollo de las empresas de telefonía local o por cualquier otra razón, serán licitados por la empresa de telefonía local de acuerdo con un procedimiento público que contenga las siguientes pautas u otras similares que establezca previamente la autoridad:

- a) La unidad de licitación será el minuto para los circuitos destinados al servicio de telefonía pública.
- b) Se licitarán de una sola vez los requerimientos surgidos entre el 6 de septiembre de 1990 y la fecha de este fallo.
- c) Los nuevos requerimientos serán licitados anual o semestralmente.
- d) Si en una licitación hubiere sólo un proponente, se podrá contratar sólo con éste. Si hubiere más de un proponente, el precio será el más bajo ofrecido, distribuyéndose los contratos en un 60% a la mejor oferta y en un 40% a la segunda oferta, si hubiere dos proponentes; y en un 50% a la mejor oferta, en un 30% a la segunda oferta y en un 20% a la tercera, si hubiere tres o más ofertas. La cuota que no sea tomada por uno de los oferentes, al precio que corresponda, accederá a los otros interesados en sus respectivas proporciones.
- e) Los contratos surgidos de estas licitaciones no podrán exceder del plazo que reste para la iniciación del multicarrier discado, en la ruta correspondiente.
- f) Las empresas de telefonía local y sus filiales quedarán excluidas de participar en larga distancia en este régimen transitorio, sin perjuicio de lo indicado en la decisión I letra c) de este fallo.

3. Las empresas de telefonía local, así como sus filiales, coligadas o relacionadas, estarán impedidas de establecer, por sí o por terceros, relaciones operativas con empresas corresponsales extranjeras para intercambiar tráfico, mientras no opera en forma total el sistema multiportador discado. En tal caso, sólo podrán establecer dichas relaciones las empresas filiales, coligadas o relacionadas portadoras de larga distancia, en el momento que corresponda.

4. Los servicios internacionales vía operadora de los distintos portadores serán elegidos por el público, mediante la asignación de códigos no discriminatorios.

5. La Subsecretaría reglamentará la conexión directa de usuarios del servicio de larga distancia, sin transitar por la red conmutada de las compañías locales, y los mecanismos para garantizar el uso de líneas de acceso para llamadas internacionales, en caso de países que no acepten contratar con dos o más portadores locales.

IV. Todas las condiciones o medidas indicadas anteriormente, que dependan de la autoridad administrativa, deben estar implementadas en el plazo de dieciocho meses a contar de este fallo, vencido el cual y cumplidos los demás requisitos establecidos en las decisiones anteriores, que no dependan de dicha autoridad, ésta otorgará las concesiones correspondientes en cuanto ellas fueren procedentes.

V. El Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones procurará que, dentro de las facultades que se otorguen a la Subsecretaría de Telecomunicaciones, se establezcan las de suspender la

prestación del servicio de larga distancia a aquellas empresas que no cumplan cabalmente las normas que le imparta la autoridad (...).³³

6. Evaluación

Cuando la Constitución prescribe la protección y promoción de un derecho humano esencial, sea que éste se encuentre reconocido en la Carta Fundamental o en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes,³⁴ entonces, **el deber de los Tribunales consiste en hallar la forma de realizar la defensa y ejercicio de ese derecho así reconocido.**

Por ello, para dicha aplicación de lo preceptuado en la Carta Fundamental, no se requiere norma alguna que mediatice lo dispuesto por la Constitución, sino que incluso a falta de norma mediatizadora, **será el juez, dentro de su competencia y al tenor del principio de inexcusabilidad, quien deberá arbitrar los medios necesarios para darle plena vigencia al derecho fundamental** de que se trate.

No existen, en este sentido, vías formales específicas para impetrar aquella aplicación, sino que ésta puede obtenerse por cualquier medio, en virtud de los cuales los Tribunales conozcan de una causa que importe darle vigencia al ejercicio de los derechos fundamentales, superlativamente el Recurso de Protección o el de Amparo Económico. Empero, estos medios procesales no obstan a que aquella aplicación se concrete a través de cualquier otro procedimiento pendiente de un Tribunal, como puede ser un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, una denuncia ante las Comisiones Antimonopolios, las acciones y recursos ordinarios, sean civiles, penales o especiales, o, incluso, los procedimientos incoados ante autoridades no judiciales pero que ejercen funciones jurisdiccionales, como ocurre con la Administración.

La vinculatoriedad impuesta por el artículo 6° inciso 2° de la Constitución obliga a que se aplique la Carta Fundamental, sin necesidad de la dictación de normas que intermedien entre sus preceptos y los casos concretos a los cuales se deban aplicar. Lo expuesto se refuerza, ciertamente, tratándose de la defensa de los derechos fundamentales, conforme a lo dispuesto en los artículos 1° y 5° de la Carta Fundamental.

En este ámbito de protección y promoción de los derechos humanos, **los Tribunales tienen la obligación, constitucionalmente ineludible, de obrar en el sentido de darle vigencia a esos derechos**, configurando incluso los mecanismos, procedimientos o reglas que así lo permitan, aun a falta de ley u otra norma infraconstitucional que así lo disponga.

Por el contrario, cuando la omisión consiste en que no se han dictado las normas complementarias de la Constitución en nexa con su Parte Orgánica y sin que haya

33 Id. Recuérdese que el 10 de marzo de 1994 fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 19.302, en virtud de la cual se recogieron las regulaciones contenidas en la Resolución N° 389.

derechos fundamentales en juego, entonces, es competencia de los Tribunales Ordinarios, en juicio ordinario declarativo, constatar dicha omisión, dejando abierta la posibilidad, eventualmente, de impetrar las indemnizaciones de perjuicios que procedan o que operen los demás mecanismos de control de los actos y omisiones estatales, sea estos de orden jurídico, político o mixto.³⁵

IV. Deber de aplicar la Constitución y preterir las normas contrarias a ella

A partir del Principio de Fuerza Normativa de la Constitución, consagrado en el artículo 6° inciso 2° de la Carta Fundamental y atendido que no hay duda alguna que dicho precepto se aplica también a los Tribunales, sean estos los que integran el Poder Judicial o aquellos que no quedan, conforme al artículo 79° inciso 1° del Código Político, sujetos a la superintendencia de la Corte Suprema, o aún los de carácter especial, como son los que emanan de la denominada Jurisdicción Doméstica,³⁶ cabe preguntarse si, en estricto acatamiento de lo dispuesto por aquel artículo 6° inciso 2°, deben esos Tribunales preterir la norma legal o sublegal contraria a la Constitución aplicando ésta directamente.

7. Fundamentación

En otras palabras, la interrogante que se formula consiste en indagar si un Tribunal, que no sea la Corte Suprema conforme al procedimiento contemplado en el artículo 80° de la Constitución, debe excluir de las normas aplicables al asunto de que conoce aquella que sea contraria, formal o sustantivamente, a la Constitución.

En este sentido, la doctrina comparada ha escrito que:

“La eficacia directa de la Constitución tiene como primera consecuencia que el aplicador del derecho ha de examinar si la norma a aplicar es o no conforme con la Constitución para rechazar la norma inconstitucional como derogada, si es anterior, o nula, si es posterior. Por razones poderosas la Constitución ha limitado esa posibilidad de rechazo cuando se trata de leyes, o dicho de otro modo, no ha querido que el juez se convierta en juez de la constitucionalidad de la ley que está llamado a aplicar. Ha admitido tal enjuiciamiento y rechazo cuando se trata de normas de rango inferior a la ley o de leyes anteriores a la Constitución, lo que significa que el propio aplicador de la ley preconstitucional ha de examinar si ésta es o no conforme con la Constitución, y la considerará derogada si la respuesta es negativa. Por el contrario, la nulidad, por inconstitucionalidad, de las leyes postconstitucionales sólo puede declararse por el Tribunal Constitucional. El juez que se encuentre ante una ley que a su juicio

35 José Luis Cea Egaña: *Teoría del Gobierno* (Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, 2000) pp. 214 - 217.

Útil es tener en cuenta estas consideraciones a propósito de la Reforma al Procedimiento Penal: actualmente en curso y, particularmente, con motivo de los órganos que en virtud de ella se crean.

36 En aplicación concreta, léase mi “Recurso de Protección y Jurisdicción Doméstica” en *XXVI Revista Chilena de Derecho* N° 3, pp. 761 ? 781.

pueda ser inconstitucional no puede rechazarla por sí mismo, sino que **planteará la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional**, esto es, someterá a juicio de éste la cuestión de si la ley es inconstitucional o no".³⁷

El planteamiento recién expuesto es aplicable, **en gran medida**, a nuestro Sistema Constitucional, tanto en lo que se refiere a las leyes anteriores a la Constitución de 1980 cuanto a las disposiciones de jerarquía infralegislativa. Empero, **la situación de las leyes posteriores a la Carta Fundamental es diametralmente distinta** en relación con lo que ocurre en el Derecho Español.

En efecto y en primer lugar, el juez del fondo puede, sin perjuicio de la competencia otorgada a la Corte Suprema para pronunciar la inaplicabilidad respectiva, declarar la derogación, por inconstitucional, de los preceptos legales anteriores a la Constitución, como he tenido oportunidad de explicarlo:

"La Corte Suprema, según lo dispone el artículo 80º -expresamente y sin limitaciones en cuanto al momento en que se dictó el precepto legal en cuestión-, puede declarar la inaplicabilidad de todo precepto legal contrario a la Constitución, incluso los que se hayan dictado con anterioridad a ella, a menos que se encuentre derogado expresamente por el legislador o por **resolución judicial firme**.

Lo contrario sería sostener que la Corte Suprema queda sometida a la decisión del juez del fondo acerca de una eventual derogación, con lo cual no sólo **se invierte por completo la estructura jerárquica y piramidal**, base sobre la cual se configura el Poder Judicial en Chile, sino que **se dejaría sin efecto el Principio de Supremacía Constitucional**, tanto porque la Corte Suprema no estaría ejerciendo la atribución que se le ha asignado en virtud del artículo 80º de la Carta Fundamental, tal y como este precepto se la ha entregado, cuanto porque quedaría dependiente del obrar del juez subordinado.

Con ello, además, **podría darse el absurdo que el juez del fondo nunca se pronunciara** acerca de la derogación, sino hasta que la sentencia de término se encontrara ejecutoriada y, entonces, **la Corte Suprema ya no podría declarar la inaplicabilidad**.

Es totalmente contrario a los más elementales principios de estructura, organización y relaciones que configuran el Poder Judicial un resultado como el referido.

Mas y correlativamente, el juez del fondo **debe declarar derogado un precepto legal anterior** a la Constitución cuando lo considere contrario a ella, decisión que será **susceptible de todos los recursos** que en Derecho correspondan y que **no significa ejercer una inaplicabilidad encubierta**, sino que **dar cumplimiento al artículo 6º inciso 2º**, en virtud del cual se consagra el Principio de Vinculación Directa. Conforme a este Principio, la Carta Fundamental -antes y

37 Ignacio de Otto: *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes* (Barcelona, Ed. Ariel, 1997) p. 78.

por sobre la ley- **obliga a todos los órganos estatales** y a toda persona, institución o grupo³⁸ y, por ende, **también a los jueces** cuando deban resolver la contradicción entre una ley y la Constitución. Si aquella es anterior y contraria a ésta, entonces, **deben declararla derogada** y si tal decisión surte efecto de cosa juzgada para el caso particular en el cual se pronunció, ya no procederá inaplicabilidad alguna ni se podrá revivir su vigencia.

En suma, **la Corte Suprema debe declarar la inaplicabilidad de un precepto legal contrario y anterior a la Constitución**, mientras éste se encuentre vigente, esto es, en tanto no haya sido derogado por el propio legislador o no lo haya así declarado, por sentencia firme, el tribunal competente. Asimismo, **el juez del fondo tiene competencia para declarar derogado un precepto legal anterior a la Constitución**, cuando lo considere contrario a ella, ya que **sólo así se respetan los Principios de Supremacía Constitucional y de Vinculación Directa** consagrados en el artículo 6º incisos 1º y 2º de la Carta Fundamental³⁹.

En segundo lugar y respecto de **los preceptos infralegislativos**, no cabe duda alguna que **los jueces pueden -y aun deben- omitir su consideración cuando se trata de normas que vulneran la Carta Fundamental**, pues sólo así respetan lo preceptuado en el artículo 6º inciso 2º y se evitan de incurrir ellos en infracción del Código Político generando una resolución que adolezca de **Nulidad de Derecho Público**.

Pues y efectivamente, **si los jueces dan valor a una norma contraria a la Constitución es indubitado que están obrando fuera de su competencia**, pues el arco de atribuciones que le confieren la Carta Fundamental y las leyes no les permite aplicar disposiciones contrarias a aquella, sino que -antes y al contrario- les han ordenado dar aplicación a la Constitución, preteriendo las disposiciones legales o infralegales que la vulneran. De esta forma cumplen, entonces, lo dispuesto en el artículo 7º incisos 1º y 2º de la Constitución.

La diferencia sustancial con la comparada, en su lugar extractada y que se justifica porque la regulación de la Constitución española es diametralmente distinta de la chilena en este rubro, es que, siendo correcto que en España los jueces no pueden dejar sin aplicar **directamente** una ley posterior a la Constitución, sino que deben

38 Francisco Fernández Segado: «La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales en la Doctrina Constitucional» en *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 13 N° 39 (septiembre - diciembre, 1993).

Señala, Fernández Segado que «el carácter normativo de la Constitución, **unánimemente aceptado** en nuestros días, quiere significar que **no estamos en presencia de un mero catálogo de principios**, sino que de **una norma cuyo contenido a todos** (ciudadanos y poderes públicos) **vincula de modo inmediato**, siendo sus preceptos, como regla general, sin perjuicio de algunas matizaciones particulares a esta regla, alegables ante los tribunales y debiendo considerarse su infracción antijurídica» (pp. 211 - 212).

Asimismo, véase Alejandro Silva Bascofián: *IV Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1997) pp. 133 - 135.

Nuestra jurisprudencia confirma la **extensión absoluta** del carácter normativo de la Constitución, v. gr., en el considerando 4º de la sentencia pronunciada por la **Corte Suprema** el 12 de julio de 1991 en *LXXXVIII Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 2 p., S. 5, p. 182.

39 Miguel Ángel Fernández González: «Inaplicabilidad del Decreto Ley N° 2.695 y Derogación Tácita» en *IV Revista de Derecho* (Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1993) pp. 57 - 58.

acudir, cuando la reputen contraria a la Carta Fundamental, al mecanismo dispuesto por su **artículo 163º**, al tenor del cual:

“Cuando un **órgano judicial considere**, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”.⁴⁰

Justificando esta norma, el Tribunal Constitucional ha sostenido que:

“La cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la Constitución y a la ley. La estricta aplicación del principio de jerarquía permitiría al juez resolver el dilema en que lo situaría la eventual contradicción entre la Constitución y la ley con la simple inaplicación de ésta, pero ello hubiera implicado someter la obra del legislador al criterio tal vez diverso de un elevado número de jueces, de donde podría resultar, entre otras cosas, un alto grado de inseguridad jurídica. El Constituyente ha preferido, para evitarlo, sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar la ley que emana del legislador constituido, aunque no la de cuestionar su constitucionalidad ante este Tribunal que, en cierto sentido, es así, no sólo defensor de la Constitución, sino defensor de la ley”.⁴¹

Pues bien y tratándose ahora de nuestro Sistema Constitucional, la limitación de competencia, expresamente impuesta en el caso español, no se encuentra prevista en Chile, sino que aquí sólo se impone el deber de los órganos estatales, incluyendo a todos los jueces, en orden a respetar la Constitución, en virtud del artículo 6º inciso 2º.

Por ende, cualquier Tribunal puede -y, repito, debe- dejar de considerar, para su pronunciamiento el precepto legal que, incidiendo en él, sea, sin embargo, contrario a la Constitución. De otra forma, la vinculación directa preconizada por el Poder Constituyente operaría en todos los casos y respecto de todos los entes, públicos y privados, con excepción de los jueces tratándose de las leyes dictadas con posterioridad al Código Político.

¿Qué podría justificar tal exclusión? ¿Por qué podrían declarar la derogación de las leyes anteriores a la Carta Fundamental que la vulneren y no podrían obrar con igual sentido tratándose de leyes dictadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución? ¿Existen razones de seguridad jurídica que así lo ameriten o es que ello implicaría violentar la competencia conferida a la Corte Suprema en el artículo 80º?

Útil es revisar estos dos argumentos, al parecer los más fuertes, en contra de la tesis

40 Véanse los artículos 35º a 37º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 5 de octubre de 1979.

41 Sentencia Nº 17, pronunciada el 1 de junio de 1981, reproducida en José Antonio Portero Molina: *Constitución y Jurisprudencia Constitucional* (Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1994) p. 563.

Léase Andrés Ribas Maura: *La Cuestión de Inconstitucionalidad* (Madrid, Ed. Civitas, 1991).

que aquí se viene planteando: **¿Se afecta la seguridad jurídica? ¿Se vulnera la competencia, exclusiva y excluyente, de la Corte Suprema?**

8. Respeto de la Seguridad Jurídica y de la Competencia de la Corte Suprema

En nexa con la **certeza jurídica**, ella ha sido definida señalándose que:

“Consiste en la **capacidad real de anticipar o prever**, con suficiente precisión y sin sorpresas extrañas a la razonabilidad, **cuáles serán las conductas de los órganos estatales**, las de los particulares y, lo que nos parece esencial, **cuáles deben ser las reacciones de las instituciones de control y sanción de cara a una desviación de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico**”.⁴²

¿Podría, razonablemente, sostenerse que la aplicación de la Constitución, por sobre y antes, que de la ley contraria a la Carta Fundamental pueda reputarse lesiva de la seguridad jurídica? ¿No es, acaso, esa aplicación directa del Código Político, despreciando los preceptos legales contrarios a ella, sobre todo cuando vulneran derechos esenciales, lo que garantiza de mejor manera la seguridad o certeza jurídica?

No se olvide, a mayor abundamiento, que **el valor de la certeza jurídica es, en nuestro ordenamiento jurídico, un derecho fundamental**, en los términos consagrados por el artículo 19° N° 26° del Código Político, proscribiéndose a la ley que limite los derechos constitucionales, a menos que la Carta Fundamental la haya autorizado expresamente, y evitando que, en todo caso, se afecten los derechos en su esencia o se impongan tributos, condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Por ende, **cuando la ley vulnera la Constitución**, particularmente en el ámbito de los derechos fundamentales, es **obligación del juez -reitero, cualquier juez- despreciar aquella ley que, entonces, no es tal, y proceder a la resolución del asunto sin considerarla, porque tiene que aplicar la Carta Fundamental**, quedando a salvo, ciertamente y en todo caso, los derechos de las partes para impugnar aquella decisión, a través de los recursos de jerarquía constitucional o legal que procedan.

Hállase allí la **expresión más sólida de la seguridad jurídica**, pues la aplicación de la Constitución y, superlativamente, el respeto de los derechos fundamentales que ella reconoce y ampara,⁴³ es la garantía última para poder anticipar, con precisión y sin sorpresas extrañas a la razonabilidad, **cuál será la conducta de los órganos estatales y, especialmente, cuál debe ser la reacción de los Tribunales de frente a una vulneración del Ordenamiento Fundamental**.

Finalmente y respecto de la **supuesta violación** de la competencia conferida, exclusiva

42 José Luis Cea Egaña citado en *supra* nota 3, p. 198.

43 No se olvide el **deber** impuesto a todos los órganos estatales, incluyendo a los jueces, por el artículo 5° inciso 2° de la Constitución.

y excluyentemente, a la Corte Suprema, mediante el procedimiento de inaplicabilidad, contemplado en el artículo 80° de la Constitución, resulta menester consignar las siguientes ideas:

Primero, que la competencia atribuida a la Corte Suprema en el artículo 80° no puede implicar dejar sin vigencia, aunque sea parcialmente -sólo respecto de los Tribunales sometidos a su superintendencia- lo preceptuado en una de las **Bases de la Institucionalidad**, como es la contemplada en el artículo 6° inciso 2°.

Segundo, que dicha atribución de la Corte Suprema no obsta a que, mientras no haya sido ejercida por sentencia firme, puedan los jueces del fondo omitir el precepto legal que consideran contrario a la Constitución; así como y al mismo tiempo, el procedimiento de inaplicabilidad es siempre procedente, en tanto la sentencia en que el juez del fondo omitió la norma legal cuestionada no se encuentre ejecutoriada;

Tercero, no se divisa razón alguna, salvo que existiera un procedimiento especial como ocurre en el caso español, para que los jueces del fondo sólo puedan dejar de considerar leyes contrarias a la Constitución cuando sean anteriores a ella, pero que carezcan de la misma competencia para obrar en idéntico sentido cuando se trate de normas legales posteriores a la Carta Fundamental. Suponer que estas leyes y no aquéllas se encuentran revestidas de una majestad especial es un razonamiento que sólo encuentra sustento jurídico en mantener subsistente la soberanía de la ley por sobre la supremacía de la Constitución:

“Desde 1700 en el mundo jurídico europeo-continental el juez pasa a ser una figura pasiva, sometida a la ley, concebida ésta como expresión de la voluntad popular, y al tribunal de casación, que garantizará la legalidad en la aplicación de la norma. Por una parte, el juez no intervendrá en asuntos constitucionales; por otra, las Constituciones no podían ser alegadas ante un juez en el curso de un litigio. Era un paisaje legalista, formado por leyes y jueces, pero los segundos sometidos a las primeras; después de 1789 entraron en el paisaje las Constituciones, pero en principio con escaso papel jurídico. En el fondo, estos dos esquemas respondían a las dos maneras de concebir la Constitución y el Derecho (+)”.⁴⁴

Cuarto, cierto es que el control difuso de constitucionalidad se aviene, naturalmente, con el sistema judicial del precedente y, por ello, encuentra su origen en Estados Unidos, a propósito de la decisión Marbury / Madison. A su turno, el régimen de control concentrado, sea en la jurisdicción ordinaria o en Tribunales o Cortes Constitucionales, se vincula, inicialmente, con el modelo kelseniano de control de constitucionalidad de la ley:

“El normativismo kelseniano que todavía hace furor en España, Argentina, Chile o México fue el resultado de una conjunción de factores decimonónicos como el racionalismo, el neokantismo, el positivismo filosófico, el estatismo, la soberanía popular y el purismo científica,

44 Antonio-Carlos Pereira Menaut: *Teoría Constitucional* (Santiago, Ed. Conosur, 1998) pp. 312 - 313.

factores todos recientes y de discutible continuidad, al menos en su presente forma".⁴⁵

Empero y más allá de aquellas disquisiciones, válidas en doctrina, la Constitución de 1980, al consagrar el Principio de Vinculación Directa, asumiendo fuerza normativa propia, y al no establecer mecanismos al estilo del artículo 163° de su homónima española, ha introducido una variante notable en el modelo de control de constitucionalidad de la ley, pues siendo básicamente de origen kelseniano, obliga -entiéndase bien, no es que permita- a que cualquier juez, forme o no parte del Poder Judicial, deba omitir los preceptos legales que sean contrarios a la Carta Fundamental, sin perjuicio de las acciones y recursos que procedan en contra de aquella decisión.

En este sentido, parece indudable que la decisión del juez, integrante del Poder Judicial, en orden a omitir la ley que reputa contraria a la Constitución, no sólo es susceptible de los recursos procedentes en la causa respectiva, sino que, si de aquella decisión se sigue la lesión de derechos fundamentales, entonces, puede acudir a los Tribunales Superiores de Justicia mediante el Recurso de Protección contemplado en el artículo 20° de la Constitución.

Cierto es y esto no puede preterirse, que la posición de nuestra jurisprudencia ha sido diversa de la que aquí se ha planteado, por ejemplo, dándole aplicación a la denominada Teoría de Ley Pantalla, esto es, que la ley no puede ser atacada ni desconocida, directa ni indirectamente, sino por medio del recurso de inaplicabilidad:

"se vulneraría el artículo 80° de la misma Carta, que confiere exclusivamente a la Corte Suprema, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, para declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución".⁴⁶

Con todo, esa posición tiene que ser modificada, pues sólo así se respeta lo preceptuado en el artículo 6° inciso 2° de la Constitución, Base o Principio fundante de la Institucionalidad completa trazada en la Carta Fundamental e irradiada, desde ella, a todo el resto del ordenamiento jurídico:

"Respecto de las leyes, se da todo el problema del control difuso de su constitucionalidad, que ha originado diversas posturas de la jurisprudencia suprema y que no es ocasión aquí de traerlo. Sépase sí, que nos parece obvio que cualquier juez de la República al conocer de un proceso debe determinar las leyes aplicables al caso y leyes vigentes, por lo que toca a él saber si están vigentes o no y su vigencia incluye, evidentemente, saber si se adecua a la Constitución, o sea, si es "conforme a ella", dado que si es contraria es nula (artículos 6° y 7° de la Constitución). Pretender que sólo la Corte Suprema puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes (artículo 80°) es simplemente desconocer el principio de jurisdicción y pasar de largo por el artículo 6° de la Carta Fundamental (...). El artículo 80° consagra una de las modalidades, pero ella no es la única, desde que incluso leyes ordinarias o comunes también atribuyen al juez ordinario potestades jurisdiccionales en tal sentido".⁴⁷

45 Id., p. 317.

46 Considerando 6° de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 15 de abril de 1997 (Rol N° 253).

47 Eduardo Soto Kloss: *II Derecho Administrativo* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1996) p. 29.

En suma, cualquier Tribunal, ordinario o especial, forme o no parte del Poder Judicial, debe excluir del procedimiento de que conozca aquellas leyes, anteriores o posteriores a la entrada en vigencia de la Constitución, que sean contrarias, formal o materialmente, a ella, en virtud del Principio de Vinculación Directa o Inmediata consagrado en el artículo 6° de la Carta Fundamental.⁴⁸

V. Conclusiones

El artículo 6° inciso 2° de la Constitución, en virtud del cual sus preceptos obligan, implica que se puede requerir, ante el Tribunal competente, la aplicación, directa e inmediata, de cualquier disposición constitucional, para que el juez adopte las medidas tendientes a la protección y eficacia de los derechos fundamentales o para que declare la omisión, dando lugar a la indemnización de perjuicios pertinente o al control político o institucional según corresponda.

La fuerza normativa de la Carta Fundamental no radica solamente en lo que dispone el artículo 6° inciso 2°, sino que superlativamente en las acciones y recursos -especialmente, los de jerarquía constitucional- que permiten obtener de la autoridad pública competente -usualmente la Judicatura- la plena aplicación y real vigencia de los preceptos constitucionales.

A partir del Principio de Fuerza Normativa o de Vinculación Directa o Inmediata de la Constitución y atendido que no hay duda alguna que dicho precepto se aplica también a los Tribunales, es obligación de estos preterir las normas legales o sublegales contrarias a la Constitución.

Por ende, cuando la ley vulnera la Constitución, particularmente en el ámbito de los derechos fundamentales, es obligación del juez despreñar aquella ley que, entonces no es tal, y proceder a la resolución del asunto sin considerarla, porque tiene que aplicar la Carta Fundamental, quedando a salvo, ciertamente y en todo caso, los derechos de las partes para impugnar aquella decisión, a través de los recursos de jerarquía constitucional o legal que procedan.

48 Véase, en el mismo sentido, la entrevista concedida por Lautaro Ríos Álvarez en *La Semana Jurídica* N° 46 (24 al 30 de septiembre de 2001) p. 15.