

Derecho
Público 69

Primera
Sección

Comisión de Derecho Constitucional

Primera Sección

Eduardo Aldunate Lizana*

La reforma constitucional del año 2005 desde la Teoría del Derecho y la Teoría de la Constitución

1. Introducción

La reforma constitucional del año 2005 presenta facetas interesantes en muchos aspectos. Algunos de ellos son anecdóticos, como la supresión, en el texto de la Carta, de las disposiciones transitorias relativas al paso desde el régimen autoritario a su aplicación plena, en una especie de intento por borrar el vínculo con un linaje constitucional indeseable y de paso, también, con la historia de la que dichas disposiciones formaron parte. El resultado práctico para el manejo de nuestro acervo constitucional es que ciertos fallos del Tribunal Constitucional resultan, tras esta supresión, incomprensibles, a menos que se cuente con ediciones anteriores de la Carta Fundamental. Otro aspecto anecdótico fue la fijación del texto resultante de la reforma como texto refundido, que sirvió como excusa para presentar la Constitución reformada bajo la firma del gobernante de turno, eliminando de este modo la firma anterior, y dándole, con un gustito a aquél, un disgusto mayúsculo a cuántos profesores y estudiantes de derecho que tuvieron que enfrentarse a una buena cantidad de doctrina, jurisprudencia, y de sus propias obras, en algunos casos, con un importante desfase en las referencias y concordancias articulares. Cabe preguntarse cuánto habrá significado y significará para quienes deben manejar dichos datos, en términos de trabajo adicional expresado en horas/hombre y horas/mujer, este capricho presidencial que desde un punto de vista de técnica legislativa era del todo innecesario.

Otros aspectos relevantes de la reforma son políticos. Con la presencia de senadores institucionales que, en incremento, podían adscribirse a la Concertación (ex presidentes de la República, senadores de designación presidencial como ex rector, ex ministro) la Concertación quedaba con una buena carta para negociar una reforma política impor-

* Profesor de Derecho Constitucional Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

tante, quizás la más gravitante para devolver, a nuestro sistema constitucionalmente denominado “democrático”, la regla de mayoría en términos electorales: el cambio del sistema binominal. Sin embargo, el resultado de la reforma en este punto es sorprendente: no sólo porque la Concertación no usó su carta, sino porque, en definitiva, incluso se entrega más poder a la minoría en la regulación de este punto, al elevar el quórum necesario para modificar la respectiva ley orgánica constitucional, desde la regla general de 4/7, a 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio (disposición 13^a transitoria).

El presente trabajo pretende centrarse en un aspecto distinto y de algo más ardua digestión. Se trata de examinar algunos aspectos de la reforma constitucional en términos de la Teoría del Derecho y de la Teoría de la Constitución. Esta reforma, como ninguna otra anterior, introduce una serie de términos que conllevan una toma de posición en el sistema de fuentes del derecho, en la articulación entre el orden y jurisdicción constitucional y subconstitucional, y el rol del Tribunal Constitucional. En particular, la presente exposición examina la facultad de dictar textos refundidos incorporada a la facultad legislativa delegada, el cambio en el concepto de potestad reglamentaria del Presidente de la República, y las atribuciones del tribunal constitucional en materia de recurso de inaplicabilidad y declaración de inconstitucionalidad.

2. La facultad de fijar textos refundidos. Un caso de incongruencia

La reforma a la Constitución en materia de facultad legislativa delegada, en términos de incluir el que es el actual inciso V de su artículo 65, tiene un curioso origen. Proviene de una evolución de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República y del Tribunal Constitucional que, a partir de una práctica inicial que vio en la producción de textos refundidos de leyes una manifestación de la potestad reglamentaria de ejecución -precisamente, para permitir la ejecución de la ley es que se articulaban y sistematizaban los textos existentes-, llegó posteriormente a la conclusión de que se trataba del ejercicio de una verdadera potestad legislativa y, por tanto, requería de acto habilitante legislativo expreso del Congreso.

Esta evolución podría haberse explicado si se hubiese basado en la siguiente distinción. La fijación de un texto refundido, coordinado y sistematizado puede entenderse simplemente como una fuente de conocimiento del derecho que no altera en nada la vigencia de los textos originales y solamente permite al operador jurídico el mejor manejo y visión de conjunto de fuentes dispersas. Así entendido no sólo no es el ejercicio de una potestad legislativa, sino que incluso podría no derivar de la actuación de una potestad pública; podría tratarse del trabajo de la doctrina; y, en todo caso, cae dentro de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, en cuanto, de dictarse por su parte un texto de esta naturaleza, sólo facilita la ejecución de la ley. Lo que importa en este caso es que la determinación de los efectos jurídicos de la integración de los diferentes cuerpos legales no se ve en absoluto afectada por el acto

de ordenación del texto, y sigue entregada al órgano jurisdiccional que, entre otras cosas, no queda vinculado a los cambios formales que se puedan haber introducido en el texto refundido para darle la necesaria coherencia y articulación.

Una cosa distinta es si el texto refundido, coordinado y sistematizado –con independencia de si introduce cambios formales o no– tiene el efecto de sustituirse a la o las leyes que incorpora en esa fusión, de tal modo de transformarse él en la fuente formal del derecho para esos contenidos, inhibiendo al órgano jurisdiccional de integrar dichas leyes y remitiéndolo exclusivamente a la fuente del texto refundido. En este caso, el órgano jurisdiccional deberá realizar su labor prescindiendo de una confrontación entre el texto refundido y aquellos que le sirven de base y por lo tanto su decisión se deberá basar exclusivamente en el material de texto normativo contenido en la fusión. En este caso, se trata verdaderamente de una actuación de naturaleza legislativa ya que modifica la fuente a partir de la cual se establecerán los efectos de la ley.

Pero la determinación de éstos siempre será obra del órgano jurisdiccional. De aquí que resulte una incongruencia exigir al Presidente que, en ejercicio de la nueva facultad¹ no altere “el verdadero sentido y alcance” de las disposiciones refundidas, coordinadas y sistematizadas, por cuanto dicha entidad, “el verdadero sentido y alcance”, si es que existe, no se determina al momento de fijar el texto –por menores y formales que sean los cambios– ni al momento de su control administrativo por la Contraloría, sino que al momento de la decisión jurisdiccional, en el que hasta el orden de la secuencia en que aparecen algunos artículos en un texto legal puede ser un argumento a favor de una u otra interpretación. Por pensar sólo en el ámbito constitucional ¿podría haber argumentado el Tribunal Constitucional del modo en que lo hizo en el rol N° 153, de haberse conservado en un texto refundido de la Carta los dos incisos de su actual artículo 35, a la letra, pero en disposiciones diferentes y separadas por otro artículo?

De la exigencia constitucional en comentario se deriva, además, otra incongruencia, que es la siguiente. Supóngase que efectivamente fuese factible exigir al Presidente de la República que al dictar el decreto que fija el texto refundido no alterase el sentido y alcance de las disposiciones refundidas. Si ello fuese así, resultaría por demás obvio que se vuelve al campo de la potestad reglamentaria de ejecución, ya que el texto refundido tendría aun menos efectos normativos que los de un común reglamento subordinado que, al menos, introduce precisiones y complementos normativos. De este modo, la reforma en este punto se torna del todo innecesaria y, por demás, poco sistemática.

Un último detalle, para cerrar este acápite. Aun cuando se discuta la postura sustentada en este trabajo respecto de la determinación del verdadero “sentido de una ley” (*infra*, § 3), podrá observarse que, al menos en la nomenclatura tradicional, la determinación del “alcance” de la misma siempre correspondió al momento de

¹ Que, si se le considera legislativa, no es en rigor una facultad “delegada”, sino que originaria, si se toma en cuenta su directa fuente constitucional tras la reforma.

aplicación de la ley a casos concretos –justamente, para determinar si los comprendía o no-. Al menos en este punto, y conservando criterios de la más rancia estirpe, la determinación del verdadero alcance de una ley no puede realizarse ni evaluarse en el momento de fijar su texto refundido.

3. La constitucionalización de una doctrina jurídico-política

Aparte estas observaciones, la inclusión de esta facultad presenta una faceta mucho más interesante para la Teoría del Derecho y la Teoría de la Constitución. Con esta reforma, nuestra Carta toma posición y adscribe a una postura específica en la discusión sobre el sistema de fuentes. Sabido es que la noción de “verdadero sentido y alcance” proviene de una concepción del lenguaje normativo (y del lenguaje en general) que considera que el sentido o significado es un atributo o cualidad de las señales de lenguaje, de los textos –en sentido técnico lingüístico- interpretados. Para el Derecho, además, la idea de un sentido y alcance “verdaderos” se encuentra íntimamente asociada a los presupuestos filosófico-políticos de fines del siglo XVIII, y se corresponde de manera muy adecuada con la noción de un legislador cuya voluntad se plasma en la ley y de un juez cuyo deber es simplemente aplicar esa voluntad “sin interpretar”, como la boca que pronuncia las palabras del Legislador. Con el auge del principio de soberanía nacional o popular se refuerza esta idea de tal manera de asegurar que la voluntad manifestada por el cuerpo representativo se llegue efectivamente a plasmar en la aplicación del derecho, frente a unos jueces que, al menos en Francia, se habían mostrado rebeldes, cuando no francamente hostiles al acatamiento de la ley proveniente del soberano². Después de la Revolución, la posibilidad del juez, a falta de solución en el mismo texto de la ley, de recurrir al auxilio de alguna otra fuente, se circunscribe a averiguar la voluntad o intención del legislador (actitud propia de la corriente exegetica).

Ambas posturas se encuentran hoy superadas. La lingüística ha dejado atrás una ontología del lenguaje que podría denominarse “sustancialista” y que ve el significado como función del signo, para pasar a una concepción pragmática que ve el sentido como una función del proceso de comunicación, construida en último término por el receptor de un mensaje, en un complejo horizonte de informaciones en el cual la señal del lenguaje aporta sólo un indicio para desarrollar dicho proceso. Con ello, la afirmación de la existencia de un único y verdadero sentido de una expresión de lenguaje pasa a ser un sinsentido científico. Sin embargo, y de manera algo trasnochada, nuestra Constitución la incorpora, *en passant*, con ocasión de la regulación de los textos refundidos.

Si sólo fuese el problema de la falta de actualización científica lo que pudiese reprocharse a la reforma en este campo, el reproche podría estimarse poco relevante. Sin

² Me refiero a la actitud de los parlamentos franceses frente a los actos normativos del rey en los siglos XVII y XVIII, que por la vía de negar el registro les privaba de vigencia.

embargo, toda afirmación en materia de funcionamiento del lenguaje es ideológica, porque condiciona nuestra propia forma de aprehender una realidad. Como lo ha demostrado el autor alemán Friedrich Müller, la cuestión que subyace a toda pregunta sobre interpretación jurídica es la relativa a la legitimidad del sistema político para la aplicación del uso de la fuerza justificada sobre la base de textos normativos. La idea de que la decisión sobre un asunto ya se encuentra en el verdadero sentido y alcance de la ley constituye, en este sentido, una excusa para que el juez emprenda la fuga de su responsabilidad al momento de decidir, alegando que es la decisión del legislador, y no la suya propia, la que subyace al acto concreto de aplicación de la fuerza.

Pero si, como se ha señalado, no existe algo así como el “verdadero sentido” de un texto, sino que éste es siempre atribuido, resulta de ello que es al propio juez a quien corresponde asumir su responsabilidad al decidir; su responsabilidad que reposará en la fundamentación de la misma sobre la base de los datos legales y la construcción de una opción interpretativa de atribución de sentido para ellos que sea plausible. Ciertamente, el texto acota las posibilidades de subjetividad del juez; pero no constituye el comando a un autómatas para que “hable la ley” *à la Montesquieu*.

La reforma constitucional nos devuelve, pues, en esta materia, al siglo XIX y nos obliga a desandar los pasos del avance científico y crítico de un sistema político que se esclarece, al ir develando como ideología ciertos fenómenos que encubren verdaderos bolsones de irresponsabilidad.

Con ello queda planteado el problema de cómo conciliar la noción de “verdadero sentido y alcance” de la ley, introducida en la Carta por la reforma, con una teoría de las fuentes del derecho racionalmente sustentable, de acuerdo a nuestro actual conocimiento de cómo opera el lenguaje, y con las exigencias que el Estado de Derecho plantea a los operadores jurídicos.

4. Consecuencias para la jurisdicción constitucional y de la instancia

La introducción de la partícula relativa al “verdadero sentido y alcance” plantea otros problemas, de índole más práctica. Por lo pronto, puesto que la conservación del verdadero sentido y alcance de las leyes refundidas, coordinadas y sistematizadas es una exigencia constitucional, ello implica que si estos decretos con fuerza de ley³ llegan al control de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, la jurisdicción de éste se amplía, ya que no sólo deberá realizar un examen de la compatibilidad entre el DFL

³ Cabe preguntarse si estos textos refundidos deben seguir llamándose decretos con fuerza de ley, al menos para la doctrina. La característica del decreto con fuerza de ley es que, formalmente decreto, presenta un contenido normativo sobre materias de ley que ha sido configurado por el Poder Ejecutivo. Pero en esta figura, justamente, se prohíbe al Presidente introducir cualquier partícula normativa nueva. La fuerza de ley de esta figura no arranca de la delegación parlamentaria, ni de la habilitación constitucional para dictar este tipo de decretos, sino de las leyes mismas que se refunden.

y la Constitución, sino que también, determinar el verdadero sentido (¡y alcance!) de las leyes refundidas, para a su vez entrar a pronunciarse sobre el cumplimiento del requisito en comento. En su sentencia no sólo se pronunciará entonces sobre la adecuación del DFL a la Constitución, sino sobre el sentido que debe atribuirse a las leyes refundidas. Esto implica un paso más respecto de la práctica de declarar constitucional una ley “en el entendido que...” debe interpretarse de tal o cual modo. El Tribunal Constitucional se empieza a desplazar cada vez más, de supremo intérprete de la Constitución, a supremo intérprete de la Constitución y la ley.

Una segunda cuestión es la siguiente. El DFL que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado ¿deja sin efecto, deroga las leyes que refunde? Esta pregunta carecería de sentido práctico si se estimara que el DFL de texto refundido es un mero continuador de las mismas, idea reforzada por el requisito impuesto al Presidente de la República de no alterar su verdadero sentido y alcance. Pero ¿queda inhibido el juez de la instancia para examinar dichas leyes y llegar a la conclusión de que el DFL no ha respetado su verdadero sentido y alcance? ¿O para pronunciarse, por ejemplo, sobre derogaciones tácitas, de las que el DFL no da cuenta en su texto? En este caso, la cuestión es ligeramente distinta a la que plantea el tema del control difuso de constitucionalidad, ya que no se trata de que el juez se pronuncie sobre la inconstitucionalidad del DFL que fija el texto refundido, sino sobre los efectos que le debe atribuir de cara a las leyes que refunde. Esto, tomando en cuenta que una gran cantidad de decretos que fijan textos refundidos no contienen disposición alguna sobre las leyes cuyo texto incorpora, y que es discutible, a partir del precepto del art. 64 i. V CPR, que un decreto que fija el texto refundido...etc., pueda incluir una disposición derogatoria de dichas leyes.

5. Modificación del concepto de potestad reglamentaria

Una segunda cuestión que incide, al menos conceptualmente, en el sistema de fuentes, es la reforma introducida al art. 54 N° 1 i. IV, en cuanto alude a que los tratados celebrados por el Presidente de la República “en ejercicio de la potestad reglamentaria” no requerirán de aprobación del Congreso. El origen de esta reforma es el resultado de una evolución de algunos años que lleva a identificar a los tratados con cuerpos legislativos y darles un tratamiento similar a ellos cuando recaen sobre materias que pueden ser consideradas de ley, requiriendo por esto la aprobación del Congreso. Así las cosas, lo que podría pensarse es que aquellos tratados que se refieren a materias que no sean propias del dominio legal pudiesen celebrarse sin aprobación del Congreso. Sin embargo, ello no traslada o traspasa la facultad de celebrar tratados a la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Un tratado es siempre, y en primera línea, un instrumento convencional que genera obligaciones para el Estado de Chile. Difiere sustancialmente de la idea de actos normativos imperativos, ya sean concretos, ya sean abstractos, para la regulación de materias que no sean propias del dominio legal, ya sea para la ejecución de las leyes, que constituye el contenido de la potestad reglamentaria. Aun cuando pudiese estimarse que los tratados generan un efecto

similar, falta del todo en el concepto de potestad reglamentaria la facultad de obligar internacionalmente al país. La mera operación de conversión conceptual deja clara la asistematicidad de la reforma en este punto, tras la cual la potestad reglamentaria del Presidente de la República debería definirse como “la facultad de dictar reglamentos y celebrar tratados en todas aquellas materias que no sean de ley, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”.

6. Inaplicabilidad como casación constitucional

Los últimos puntos que quisiera tratar aquí son los que plantean un mayor y más intenso número de interrogantes, y se refieren a las reformas introducidas al recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y a la creación de la figura de declaración de inconstitucionalidad.

En primer lugar, la reforma modifica el objeto de la acción de inaplicabilidad, en cuanto ésta ya no tiene por objeto la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal por ser éste inconstitucional, sino que obtener la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal por resultar inconstitucional su aplicación. Mientras que en el antiguo recurso de inaplicabilidad lo que se examinaba era el precepto, lo que debe examinarse tras la reforma es su aplicación. El actual artículo 93, i. I, N° 6 de la Constitución señala que es atribución del Tribunal Constitucional “*Resolver por la mayoría de sus miembros en ejercicio la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución*”. (El destacado, obviamente, es del autor).

Esto merece dos comentarios. En primer lugar, la cuestión de qué es lo que sea “la aplicación” de un precepto legal se transforma, con esta reforma, en un problema constitucional. El vaso comunicante entre Teoría del Derecho y Derecho Constitucional, ya detectado arriba con ocasión de la idea del “verdadero sentido y alcance”, se ensancha. En segundo lugar es que, sea lo que sea que entendamos por “aplicación” de un precepto legal, no resulta discutible que, en el contexto de un proceso, ella es una tarea que realiza el juez.

De este segundo comentario resulta entonces que la reforma en esta materia es muy importante, porque modifica la naturaleza de las funciones del Tribunal Constitucional en dos aspectos. Ya no se trata sólo de un órgano que, en el campo del control de constitucionalidad, realiza un control a preceptos, sino que también a la actividad jurisdiccional. De lo contrario no se entiende cómo debería pronunciarse sobre la *aplicación* de un precepto, y no sobre el precepto mismo. La única forma de operación posible, en términos lógicos, de este control, es que exista un acto de aplicación (idea congruente con la de un recurso en que lo que verdaderamente se está examinando es el actuar del órgano recurrido). Sin embargo, la Constitución no exige esperar a este acto de aplicación, porque conserva la lógica de que el objeto reprochado por

inconstitucional es el precepto legal mismo, de modo tal que exige, en términos de los requisitos de admisibilidad del recurso, gestión pendiente, y que la aplicación del “precepto legal impugnado” *pueda resultar decisivo* (sic) *en la resolución de un asunto*. Con esto, la Constitución impone al tribunal, no sólo tareas de control de actuaciones jurisdiccionales, sino que se las impone con carácter anticipatorio: el tribunal tendrá que anticipar (¿adivinar?) cuál podría ser el comportamiento del juez (antes de darle la oportunidad de llegar a un resultado que pudiese conciliar el precepto legal con la Constitución) y pronunciarse declarando la inconstitucionalidad de un precepto cuya aplicación resulte contraria a la Constitución, aun cuando dicha aplicación no haya tenido lugar y sólo resulte de la proyección del Tribunal sobre los actos del tribunal que conoce del asunto. Bien podría llamarse entonces a este recurso, la casación constitucional adivinatoria.

Sin embargo, aun con esta algo aventurada denominación no se llega a cubrir del todo los efectos de la reforma en este punto. Y esto porque el estándar exigido para la admisibilidad del recurso, el criterio de trascendencia o relevancia -que la aplicación del precepto legal impugnado pueda llegar a ser decisivo (*rectius*: decisiva) en la resolución del asunto-, puede llevar al Tribunal Constitucional a tener que realizar un examen del fondo del asunto debatido. Por ejemplo, si lo que se discute es la inconstitucionalidad en la aplicación de una ley sobre admisibilidad de la prueba, el que pueda ser o no decisiva en el asunto debatido dependerá de las circunstancias del caso debatido, de las pretensiones de las partes, de los demás medios de prueba disponibles, de un análisis de los hechos que se pretende probar en relación con dichas pretensiones y medios, etc. etc. Nótese que la idea de que “la aplicación del precepto pueda ser decisiva en la resolución de un asunto” presenta un matiz distinto a la noción de “influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia” a que alude la regulación del recurso de casación en el fondo. Al menos en este punto, y dependiendo del caso, el tribunal puede tener que entrar a un análisis del fondo del asunto debatido.

7. El Tribunal Constitucional como legislador

Como último punto, se llega a la facultad entregada al tribunal para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, conforme al art. 93 N° 7 de la Carta. En estricto rigor, este numeral incurre en una incongruencia respecto del anterior, ya que mientras el N° 6 habla de que es la aplicación del precepto la que puede resultar inconstitucional, el numeral 7 vuelve a la tradicional idea de que es el precepto el que ha sido declarado inconstitucional. En todo caso, lo notable de esta facultad es que otorga una atribución de naturaleza completamente nueva al Tribunal.

En la teoría de la jurisdicción constitucional es frecuente encontrar que se le atribuye a un tribunal constitucional la denominación de “legislador negativo” cuando tiene facultades para declarar la inconstitucionalidad de un precepto vigente con efectos generales, anulatorios o derogatorios. En todo caso, esta denominación sólo alude al

efecto de una sentencia del tribunal que declara la inconstitucionalidad de un precepto, tras el correspondiente juicio de constitucionalidad, sin excluir, por ello, el momento jurisdiccional presente en la actividad del tribunal⁴. Es por ello que, en estricto rigor, no puede decirse que el tribunal tenga facultades legislativas; el resultado “legislativo”, de extraer del ordenamiento jurídico una ley, es sólo resultado del proceso a la misma y el efecto de la sentencia del tribunal que se pronuncia sobre su disconformidad con la Constitución.

La reforma constitucional, tras las dificultades encontradas en su proceso generatriz para llega a un acuerdo sobre los efectos de la sentencia declaratoria de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (derogación del precepto inconstitucional a partir de la primera sentencia, derogación sólo a partir de la tercera sentencia, existiendo previamente dos declaraciones de inconstitucionalidad, etc.), optó por separar el pronunciamiento del tribunal acerca de la inconstitucionalidad del precepto (o de su aplicación, en la nomenclatura del art. 93. N° 6) de su efecto derogatorio o invalidatorio; y dejó éste en manos de un procedimiento aparte (art. 93 N° 7). En términos de historia de la reforma, y de la concepción de la doctrina producida hasta ahora, se trata de un proceso distinto, destinado a pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley y, en este último caso, con efectos derogatorios. Sin embargo, si se estudia bien la institución, parece más bien que se trata de una figura en que se otorga una facultad de decisión política al Tribunal, no vinculada a un proceso. En efecto, y aunque la Constitución aquí emplee un lenguaje similar al de otros casos (“resolver”, “acción pública”), la declaración de inconstitucionalidad no corresponde a una actuación jurisdiccional. Supuesto que se cumple el requisito de declaración previa de inaplicabilidad por inconstitucionalidad⁵, lo que queda entregado al tribunal es la decisión de declararlo inconstitucional o no. Sin embargo, desde el momento en que es precisamente requisito para esta declaración el que exista una sentencia que se pronuncie sobre el punto⁶, la cuestión de fondo, la inconstitucionalidad del precepto, ya se encuentra resuelta como supuesto lógico del ejercicio de las facultades del tribunal según este número. Es así como la cuestión jurídica susceptible de pronunciamiento por parte del tribunal –la inconstitucionalidad del precepto– es supuesto, y no objeto de su actuación. De este modo, y aun cuando se realice bajo apariencia de proceso, lo único que queda entre-

⁴ Los argumentos de C. Schmitt para negar el carácter jurisdiccional de un tribunal constitucional y atribuirle un carácter político legislativo corresponden a un error en la apreciación de la naturaleza de la función jurisdiccional y de la actividad interpretativa de los jueces.

⁵ Y aquí es irrelevante la distinción entre declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la aplicación del precepto o por inconstitucionalidad del precepto, ya que es esto último lo que exige el numeral 7 del art. 93.

⁶ A menos que se acepte lo sostenido en este trabajo, a saber, que la facultad del numeral 6 del art. 93 no recae sobre el precepto sino sobre el acto judicial de aplicación del mismo. En esta hipótesis, sin embargo, la articulación entre los numerales 6 y 7 se torna ilógica, ya que de la declaración de inconstitucionalidad del acto judicial de aplicación no se coligen consecuencias para el precepto en cuestión y por lo tanto, no se aprecia el por qué debiese ser requisito, para la declaración de inconstitucionalidad del precepto, la previa de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de su aplicación.

gado a la decisión del tribunal es declarar o no esta inconstitucionalidad con efectos derogatorios. Ahora bien, como la inconstitucionalidad del precepto ya la ha de haber declarado el propio tribunal, lo que queda es la mera decisión de otorgar o no, a esta inconstitucionalidad, efectos derogatorios. O sea, una decisión política, cuyo parámetro —y en esto la Constitución se confiesa— no es el derecho aplicable, sino que el quórum exigido. No se ve qué proceso podría desarrollarse aquí, salvo quizás un período de discusión sobre la conveniencia o inconveniencia de la declaración⁷; pero sólo eso. El componente jurídico de lo que podría ser el proceso ya se encuentra agotado con la declaración de inaplicabilidad previa, que constituye su requisito y que en esta calidad vincula al tribunal en el ejercicio de su facultad del N° 7 del art. 93. No se ve cómo, o bajo qué idea de racionalidad o justicia podría el tribunal señalar, después de haber declarado inaplicable un precepto de acuerdo al art. 93 N° 6, que en realidad no es inconstitucional. Tampoco se ve cómo, tras haber iniciado un procedimiento vía art. 93 N° 7, podría decidir que la declaración que lo habilita para ello debió haber sido otra, o que el precepto impugnado en su oportunidad no era (¿tan?) inconstitucional. Y esto porque, como se ha dicho en líneas precedentes, en estricto rigor la petición o actuación no se endereza a establecer o declarar la inconstitucionalidad: ella ha de haber sido ya declarada en el pronunciamiento anterior como antecedente de la inaplicabilidad: el objeto pedido es la derogación del precepto legal.

La situación en la que queda el Tribunal Constitucional en el ejercicio de esta facultad es la de un decisor político, sin más. Si efectivamente el precepto ha sido declarado inaplicable por inconstitucional sólo podrá decidir si darle o no a esa inconstitucionalidad un efecto derogatorio. No tiene parámetros constitucionales para decidirlo. Si, además, se le otorga la posibilidad de proceder de oficio en esta materia⁸, se está ante una facultad en que, sin vinculación sustancial a un proceso, el Tribunal puede resolver, de acuerdo a criterios enteramente políticos, la derogación de una ley, escogiendo, también, el momento u oportunidad para ello. Esto abandona completamente el campo conceptual de la actividad jurisdiccional y pasa al de atribución legislativa, lisa y llana.

⁷ En toda argumentación judicial puede encontrarse un momento de reflexión sobre conveniencia o inconveniencia de determinados resultados; pero lo relevante, en este caso, es que es el único objeto que podría contemplar el antecedente de la decisión.

⁸ Esto no viene sino a confirmar la naturaleza política y no jurisdiccional de esta atribución; resultaría al menos curioso que el ejercicio de esta facultad se estimase de naturaleza jurisdiccional si el propio tribunal puede iniciar de oficio un procedimiento para obtener la declaración de inconstitucionalidad, procedimiento del cual él mismo deberá conocer. (Salvo que se acepte que la imparcialidad no es un componente esencial de la idea de función jurisdiccional, lo que, por decir lo menos, pone en tela de juicio algunas ideas fundamentales del Estado de Derecho).

