

Pablo Ruiz-Tagle Vial*

Control constitucional concentrado y difuso: El uso de una dicotomía ruinosa**

En este trabajo se intenta explorar algunas ideas sobre dos palabras que se usan mucho en la doctrina o dogmática constitucional. Los términos “concentrado” y “difuso”. Para poner un poco de emoción a esta materia, he llamado a este par de términos que se utilizan para caracterizar el control constitucional, una “dicotomía ruinosa”.

El control constitucional y el control jurisdiccional constitucional

De partida se intenta dar una descripción de algunos rasgos que son propios de los principales sistemas de control constitucional jurisdiccional, que constituye un subtema dentro de la materia muy amplia que es el control constitucional. Se da por supuesto en estas líneas que el método de control judicial es la mejor forma de defender la Constitución y se asumen como propias las ideas que sobre esta misma materia expresó Hans Kelsen en su famosa polémica con Carl Schmitt sobre la defensa de la Constitución¹. El planteamiento de Kelsen sobre el lugar de los jueces en el control constitucional resulta bastante pacífico porque desde hace tiempo no se plantean dudas relevantes respecto del mismo.

De hecho desde la segunda mitad del siglo XX, la idea de control judicial de la Constitución está plenamente legitimada tanto en Europa como en América (norte y sur)². Sin embargo, las formas en que el control judicial puede ser organizado o institucionalizado son múltiples, y los estudiosos del Derecho Constitucional no terminan de exponer sus distintas variaciones y esperar que

*Abogado
Universidad de
Chile, Master y
Doctor en Derecho
en la Universidad
de Yale, profesor de
Derecho
Constitucional
Universidad de
Chile.

** Agradezco la colaboración de Daniela Peña E. y Ana Piquer R. en la revisión de este trabajo y advierto a los lectores que los errores de éste son responsabilidad del autor y sólo de él.

1 Kelsen, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1995.

2 Favoreu, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Editorial Ariel S.A. Barcelona, 1994.

ellas evolucionen en uno u otro sentido. De allí que en la doctrina constitucional se utilicen con bastante frecuencia ciertos términos para describir las principales formas de control judicial, y entre ellos destaquen las palabras “concentrado” y “difuso”. De hecho, por el significado que estas dos palabras tienen, por ejemplo, en el Diccionario de la Real Academia Española, y en la forma en que son utilizadas en la dogmática constitucional, ellas podrían servir para representar el modelo ideal de una dicotomía jurídica³.

Hay una vieja tradición de utilizar como un recurso interpretativo y explicativo una dicotomía, e incluso en las obras de Bentham esta idea está muy presente cuando distingue, por ejemplo, entre los principios de simpatía y antipatía⁴. Esta forma de presentar conceptos jurídicos en pares opuestos es una técnica muy utilizada en casi todas las clasificaciones de las diversas ramas del Derecho, y el Derecho Constitucional no es una excepción.

La idea de una dicotomía supone que una materia se puede clasificar de diversas maneras, que se organizan solamente en dos partes opuestas. Esta misma idea de dicotomía puede utilizarse para definir la aplicación de este método: si tengo algo que no sé bien cómo está organizado, puedo organizarlo como pares opuestos para poder explicarlo y de esa manera generará un mejor entendimiento de una materia que es compleja. Eso es lo que se ha hecho con los conceptos de “concentrado” y “difuso” en el Derecho Constitucional: presentarlos como opuestos teóricos para explicar una múltiple variedad de instituciones y organizaciones que son muy difíciles de clasificar.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la palabra “dicotomía” en dos de sus acepciones como:

Método de clasificación en que las divisiones y subdivisiones sólo tienen dos partes (o) aplicación de este método, división en dos⁵.

Asimismo, según el diccionario citado, “concentrar” significa:

Reunir en un centro o punto lo que estaba separado; reunir bajo un solo dominio la propiedad de diversas parcelas, o atender o reflexionar profundamente⁶.

Y “difuso” significa:

Ancho, dilatado; excesivamente dilatado, superabundante en palabras o vago, impreciso⁷.

3 Weber, Max. *El Político y el Científico*. 1919 Alianza Editorial, Madrid, 1975, pág. 86.

4 Bentham, J. *Tratado de Legislación Civil y Penal*, Editora Nacional, Madrid, 1981, págs. 31-39.

5 Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, 1992, pág. 527.

6 *Id.* pág. 373.

7 *Id.* pág. 531.

Ambos términos, esto es, “difuso” y “concentrado” son equívocos porque por una parte, tienen una connotación o significado de distribución espacial, y por la otra, se refieren a una actitud mental o a un uso del lenguaje o del pensamiento que en un caso tiene valor positivo y en el otro, negativo. No conviene olvidarse de este equívoco cuando analicemos cómo la literatura jurídica constitucional ha usado estos términos, como un par de conceptos opuestos que se presentan en lo que hemos denominado una dicotomía.

Por eso, teniendo presente lo anterior –qué es una dicotomía y la duplicidad de significados de los términos “concentrado” y “difuso”– en este trabajo intentaré mostrar cómo, en el contexto de la dogmática constitucional comparada, estas dos palabras han tenido un uso cuyo poder explicativo presenta importantes limitaciones. También en este trabajo intentaré mostrar cómo estas categorías conceptuales de difuso y concentrado han sido utilizadas por algunos autores para explicar el funcionamiento del sistema de control judicial de la Constitución en Chile.

Desde luego, en el punto inicial de esta exploración quiero manifestar que, debido a su carácter ambiguo y equívoco, no me parece posible preferir el término “difuso” o “concentrado” para explicar coherentemente el caso chileno. Tampoco me parece que nuestro sistema de control jurisdiccional constitucional debería organizarse desde un punto de vista dogmático, hasta llegar a alcanzar un carácter más difuso o más concentrado.

Caracterización del modelo de control difuso y concentrado

Al parecer, uno de los primeros autores que utilizó los términos difuso y concentrado para caracterizar formas opuestas de control constitucional fue Carl Schmitt, quien en 1931, a propósito de las características originales del sistema de control constitucional de Weimar, señaló:

“Propongo el término difuso para designar el concepto opuesto al de derecho de control concentrado en una sola instancia”⁸.

El primer uso que Carl Schmitt quiso darle en la dogmática constitucional a la dicotomía difuso-concentrado tuvo, entonces, una significación procesal. Es decir, señalar la existencia o ausencia de una determinada instancia o el carácter incidental de la misma que, aunque pueda resultar sorprendente, era propio del sistema original de la Constitución de Weimar.

Más tarde, el genial comparativista italiano Mauro Capelletti, en 1966, al publicar el resultado de sus famosas conferencias en México, vuelve a utilizar la dicotomía difuso-concentrado como categoría de análisis dogmático, y con

8 Schmitt, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1983, pág. 52 nota 17.

estas categorías compara las características del sistema de control constitucional “americano” con el “austríaco”⁹. Capelletti en su trabajo distingue a este respecto un punto de vista subjetivo, que en sus palabras define como “el relativo a los órganos a los cuales se confía el poder de control”¹⁰. Y en este punto de vista subjetivo, a su vez distingue dos tipos de control judicial de la constitucionalidad de las leyes:

“Un primer tipo, en el cual (...) el poder de control es difuso, pues se distribuye entre varios órganos judiciales ordinarios; y un segundo tipo, en el cual, por el contrario, ese poder de control es concentrado, en virtud de que se centraliza en un solo órgano judicial”¹¹.

Este uso que hace Capelletti de la dicotomía difuso-concentrado ya se aleja de la noción procesal de instancia que hizo Carl Schmitt, porque sirve para ver el número de órganos que intervienen en el control, o la idea de mayor o menor centralización. Esta idea está relacionada con el concepto de instancia procesal, pero no es exactamente lo mismo.

Incluso más, en el trabajo de Capelletti no sólo se hace una comparación desde el punto de vista subjetivo, sino que también se estudia la “forma en que se plantea y resuelve la cuestión de constitucionalidad”¹². A este respecto, la dicotomía difuso-concentrado cumple una función diversa, un segundo tipo de uso que se asemeja al uso de Schmitt, porque sirve de nexo entre la forma del órgano y el modo de resolver las cuestiones constitucionales. Capelletti explica esta forma de usar la dicotomía identificándola con los rasgos del sistema americano y europeo (austríaco), y afirma a este respecto que:

“El control de las leyes que bajo el aspecto subjetivo posee, como se ha expresado con amplitud, las características de un control judicial difuso, desde el punto de vista formal adquiere la naturaleza de un control que se ejercita en vía incidental. El sistema austríaco, por el contrario, además del carácter concentrado que se ha mencionado con anterioridad, tiene además la naturaleza de un control que se ejercita por la vía principal”¹³.

En este caso, ya no es una distinción abstracta o teórica, sino que se conecta esta dicotomía con la forma en que se resuelve, en sistemas jurídicos reales que ejercen el control de constitucionalidad.

Finalmente, Capelletti también vincula la dicotomía difuso-concentrado a otra serie de características asociadas a los órganos que resuelven dichas contiendas

9 Capelletti, Mauro. *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho Comparado*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1966, págs. 35-37.

10 *Ibid.* supra nota 9.

11 *Ibid.* supra nota 9.

12 *Ibid.* supra nota 9. pág. 34.

13 *Ibid.* supra nota 9. pág. 53.

y a los efectos declarativos o constitutivos que producen las resoluciones que sirven para efectuar el control de constitucionalidad de las leyes, y expresa a este respecto:

“Desde el punto de vista de los efectos de la decisión judicial, ya sea que provenga de los órganos judiciales ordinarios, como en los sistemas en los cuales el control tiene carácter difuso, o por el contrario, cuando sea pronunciada por órganos judiciales especiales, como los tribunales constitucionales europeos (...) puede afirmarse, que mientras el sistema estadounidense de control judicial de la constitucionalidad de las leyes tiene el carácter de control meramente declarativo, a la inversa, el austríaco asume la naturaleza de un control constitutivo de la invalidez y de la consiguiente ineficacia de las leyes contrarias a la Constitución y de aquí se concluye con plena coherencia que, mientras en el primer sistema la eficacia (meramente declarativa) opera *ex tunc*, o sea retroactivamente –se trata, en efecto, repito, de la simple declaración de una nulidad preexistente– en el sistema austríaco, por el contrario, la eficacia (constitutiva, es decir, de anulación) de las sentencia de inconstitucionalidad obra *ex nunc* y por lo tanto, por futuro, excluyéndose una retroactividad de la eficacia de anulación”¹⁴.

Capelletti distingue, entonces, entre órganos especiales y ordinarios; entre efectos declarativos, constitutivos, retroactivos y efectos generales y particulares y todo ello vinculado a estos dos términos opuestos, esto es, difuso y concentrado.

Es decir, en los trabajos de Capelletti la forma difusa o concentrada del sujeto u órgano judicial que realiza el control constitucional, se vincula con la forma incidental o principal de las resoluciones y también con los efectos que éstas producen en forma típica. Tenemos, entonces, una evolución conceptual de este uso de términos opuestos. Se trata de una dicotomía conceptual que Capelletti usa de un modo expansivo, porque excede el ámbito subjetivo u orgánico y alcanza aspectos adicionales de la comparación que tienen un carácter procesal.

Hay también otros trabajos que han extrapolado la dicotomía difuso-concentrado y que la han utilizado para explicar desde una perspectiva comparada aspectos orgánicos o incluso institucionales que son propios de la justicia constitucional. A este respecto puede citarse el informe preparado por el letrado del Tribunal Constitucional don Francisco Caamaño Domínguez, donde se expresa:

“Lógicamente, estas diferencias orgánico institucionales no son ajenas a la mayor o menor influencia de los dos grandes modelos de jurisdicción

¹⁴ Ibid. supra nota 9, pág. 67.

constitucional (el norteamericano de la *judicial review* y el austríaco o de control “concentrado”) sobre cada uno de los sistemas nacionales objeto de examen. Sin embargo, y a pesar de las apuntadas diferencias, es posible establecer, desde una óptica funcional, un común denominador que otorga una sustancial identidad material a los referidos Tribunales y Salas de lo Constitucional, a saber: el control de constitucionalidad de las normas y actos con valor de ley, así como la competencia para la resolución de conflictos entre órganos del Estado o de carácter interterritorial y para conocer de los remedios en cada país, para la protección y tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos¹⁵.

Finalmente, y sin el propósito de efectuar un catálogo exhaustivo de todos los usos dogmáticos que ha tenido la dicotomía difuso-concentrado, resulta interesante citar el trabajo sobre el sistema europeo de control constitucional, de Pedro Cruz Villalón, donde el autor le da una nueva significación a estos términos. Vincula la idea de un control difuso de la constitucionalidad, remitiéndolo a una idea de “*judicial review*”, que es propio del sistema norteamericano y de que las cuestiones constitucionales se resuelven por la vía incidental, mostrando que esto tiene una diferencia muy clara con los regímenes de sistemas de control judicial concentrado, donde, según Cruz Villalón, existe una forma de pensar la Constitución totalmente diferente. En el sistema difuso,

“Este modo de reacción del ordenamiento frente a la existencia de leyes inconstitucionales [quizá éste es el mayor aporte de Cruz Villalón], no necesita ni suele estar escrito en parte alguna, ni en la Constitución ni en las leyes, derivando todo él del principio de primacía de la Constitución”¹⁶.

En cambio, según Cruz Villalón, el sistema europeo se caracteriza porque en él:

“(…) sólo el Tribunal Constitucional puede extraer las consecuencias jurídicas inherentes a una apreciación de inconstitucionalidad; el Tribunal Constitucional no sólo ‘monopoliza el rechazo’, sino que monopoliza la competencia para conocer en un proceso autónomo de constitucionalidad. En este sentido, Schmitt propuso el término control concentrado”¹⁷.

Hay una idea de que la concentración del control de constitucionalidad tendría también la característica de un procedimiento reglado y, por el contrario, un procedimiento difuso estaría basado en principios, en algo más vago.

15 “II Conferencia de la Justicia Constitucional de Iberoamérica, Portugal y España. Informe General”. Criterios, Condiciones y Procedimientos de Admisión a la Justicia Constitucional, desde la perspectiva de su racionalidad y funcionalidad. Secretaría General del Tribunal Constitucional, Madrid, Enero 1998, pág. 4.

16 Cruz Villalón, Pedro. *La Formación del Sistema Europeo de control de Constitucionalidad*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pág. 31.

17 *Ibid.* supra nota 16, págs. 33-34.

Esta explicación que muestra los distintos usos de esta dicotomía, nos debe hacer mirar con mucha más simpatía las obras de otros constitucionalistas que han utilizado este par de conceptos opuestos para referirse, incluso, a un solo sistema jurídico. Surge un uso más sofisticado de la dicotomía difuso-concentrado, en que se combinan respecto de un mismo sistema afirmaciones que ya no reflejan un sistema jurídico real, sino que se presentan como características que pueden estar presentes en forma simultánea en un mismo sistema. He encontrado un par de autores que creo que con bastante claridad, y haciendo un uso de esta dicotomía que a mí en el Derecho comparado me parece correcta, no la vinculan necesariamente a un sistema jurídico particular existente en un territorio determinado. Ellos son Mirjan Damaska y también el profesor Louis Favoreu.

El profesor Louis Favoreu nos muestra un buen ejemplo de este uso más sofisticado, porque al comentar las características del así denominado “modelo europeo” de control judicial de la constitucionalidad de las leyes y contrastarlo con el “sistema americano”, nos dice:

“El sistema de tipo americano no funciona bien más que allí donde hay unidad de jurisdicción (...) La justicia constitucional no se divide: aunque de manera difusa, se localiza en el seno de un aparato jurisdiccional único, coronado por un único Tribunal Supremo. O sea, que está concentrada en manos de una jurisdicción constitucional única”¹⁸.

El profesor Favoreu en estas líneas usa la dicotomía difuso-concentrado para referirse simultáneamente al sistema americano, referencia analítica que explica el sistema en Estados Unidos como un sistema que es a la vez difuso y concentrado, y lo que resulta un poco sorpresivo es que no parece querer atribuir una sola de estas formas típicas a este sistema. El uso más sofisticado que hace el profesor Favoreu de la dicotomía parece referirse a la identificación de las instancias únicas o diversas en que puede quedar expresado el control judicial constitucional. Como ya lo había mencionado, en esta forma de utilización no está solo, sino que se encuentra acompañado de al menos otro gran comparativista, el profesor de la Universidad de Yale, Mirjan Damaska¹⁹.

18 *Ibid.* supra nota 2, pág. 20.

19 Damaska, Mirjan *Reflections on American Constitutionalism* en 38 “American Journal of Comparative” LAW (1990) pág. 424. Damaska usa la dicotomía difuso-concentrado de una manera similar a Favoreu para designar las instancias únicas o diversas y el carácter ordinario o especial de los procedimientos de control constitucional que caracterizan el sistema americano y dice: “*This concentrated power is decentralized to a comparatively remarkable degree. Even the power to decide constitutional challenges is not reserved for a highly placed tribunal, but is distributed throughout the judicial apparatus including trial courts. And because Americans do not share the traditional continental suspicion of individual decision making (juge unique juge inique), judicial review of constitutionality is exercised in the first instances by individual trial judges. This wide diffusion of authority is reinforced by the tradition of making the fundamental law the measure of all legitimate exercise power: the power to adjudicate without the possibility to consider the fundamental law would seem deficient in its vital dimension. Nor should one imagine that American trial judges, especially in the federal system, shy away from deciding matter of great political importance implicated in constitutional questions; being people in their second career, relatively unconcerned about promotions they make use of these powers in a comparatively bold manner.*”

Sin embargo, el profesor Favoreu, al describir el retrato tipo del “modelo europeo”, se compromete en identificar entre sus principales rasgos el que concentra lo contencioso constitucional, y a este respecto señala:

“La justicia constitucional se concentra en manos de una jurisdicción especialmente creada con este objeto y que goza de monopolio en este ámbito. Ello significa que los jueces ordinarios no pueden conocer de los contenciosos reservados al Tribunal Constitucional”²⁰.

En este segundo uso de la dicotomía difuso-concentrado, el profesor Favoreu parece utilizarla para diferenciar la jurisdicción constitucional ordinaria de la especializada.

De este modo, la idea original de Carl Schmitt queda ampliamente superada y la dicotomía difuso-concentrado alcanza una variante de significaciones que a modo ilustrativo pueden resumirse del modo siguiente: a) como única o diversa instancia procesal; b) como cuestión principal o incidental; c) como órgano judicial ordinario o especial; d) como vinculada a efectos declarativos o constitutivos, generales o particulares, retroactivos o no retroactivos (Capelletti); e) como vinculada a características orgánicas e institucionales (p. ej. sistemas de designación de sus integrantes, Caamaño); f) como vinculada a un sistema no escrito o derivado de principios por oposición a un sistema escrito y formalizado en normas (Cruz Villalón) y g) como característica del modelo americano o europeo.

Por lo tanto, siempre será necesario identificar el uso que se le está dando para entender en qué consiste la comparación que se hace.

El caso chileno y sus rasgos típicos en la doctrina constitucional

Lo interesante del caso chileno es que subsisten en nuestro país instituciones judiciales que realizan el control constitucional de las leyes, que en los textos de Derecho Constitucional a veces se presentan como incompatibles desde el punto de vista de la dicotomía difuso-concentrado. Esto ha obligado a nuestros autores de Derecho Constitucional a aguzar la mirada e intentar explicaciones que pueden quedar comprendidas dentro de los parámetros que son aceptables desde el punto de vista de la historia de nuestro país, de la teoría del Derecho y también del Derecho Comparado. Y es aquí donde comienzan las afirmaciones contradictorias.

Veamos, para apreciar lo contradictorio que resulta la caracterización del sistema chileno, cómo algunos de los principales estudiosos de nuestro sistema jurídico han intentado explicar nuestras instituciones de control judicial constitucional.

20 Ibid. *supra* nota 18, pág. 28.

Hay, ciertamente, una forma de explicar las innovaciones de la Constitución de 1980 que no se aventura mucho en estas clasificaciones dogmáticas. Por ejemplo, el profesor José Luis Cea, en el Tratado que es ya canónico sobre la Constitución de 1980 señala:

“Igualmente destacable es el fortalecimiento del control judicial de la supremacía del ordenamiento constitucional, es decir, del carácter de Ley Suprema a cuyos principios y preceptos deben ajustarse, para ser válidas, todas las normas del ordenamiento jurídico positivo vigente. Basta la revisión del artículo 80 para comprender que la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal por la Corte Suprema no sólo se mantiene para defender la Constitución, sino que ahora y además en forma explícita, se reconoce a dicho Tribunal la facultad de declarar de oficio que un precepto de esa índole es contrario en la forma o en el fondo a la Ley Fundamental, y no solamente en el caso de un juicio como ocurría en la Constitución anterior, sino que tratándose de cualquier gestión judicial”²¹.

Esta forma de caracterizar la novedad de la Constitución chilena en cuanto al control judicial constitucional, quizás con gran prudencia, no se aventura en clasificaciones ni conceptos en cuanto a si es difuso o concentrado, sino más bien describe una comparación con el régimen anteriormente existente en Chile. Se trata de una comparación simplemente diacrónica –es decir, compara el sistema actual con el antiguo para detectar innovaciones (o no) en determinadas materias– que no utiliza un marco conceptual definido. En esto consiste, generalmente, el ejercicio intelectual constitucional chileno.

Sin embargo, hay autores que han usado una mayor carga conceptual y un mayor análisis dogmático comparado, han intentado hacer una explicación del sistema chileno usando estas categorías dogmáticas. Entre ellos destaca el profesor Teodoro Ribera, que ha explicado el sistema chileno a través de la dicotomía difuso-concentrado en diversos trabajos anteriores. Ribera tiene un trabajo muy interesante del año 1989, una explicación de nuestro sistema constitucional en que sí utiliza esta dicotomía de forma que refleja la dogmática constitucional comparada. Ha señalado que:

“(…) surge en forma paulatina como contrapeso del aumento de las atribuciones del Presidente de la República y para hacer frente a la pasividad de los tribunales ordinarios de justicia en la defensa de la Constitución. Así se explica que, junto al sistema norteamericano modificado, que prevé una jurisdicción constitucional difusa –radicada en Chile en las Cortes de Apelaciones y en la Corte Suprema– coexista el sistema alemán-austríaco personificado en el Tribunal Constitucional.

21 Cea Egaña, José Luis. *Tratado de la Constitución de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, 1988, pág. 47.

En términos generales puede indicarse, además que la estructura de control constitucional se extiende también, entre otros órganos, a la Contraloría General de la República y al Tribunal Calificador de Elecciones, lo que denota la inexistencia de una concepción global del legislador al respecto”²².

La explicación de Teodoro Ribera no sólo aparece contradiciendo algunos de los planteamientos del profesor Cea en cuanto al carácter innovador de la nueva Constitución respecto del control constitucional, sino que también se diferencia de éstos porque se apoya, para su explicación, en la dicotomía conceptual difuso-concentrado. La dicotomía en este caso, parece tener al menos tres usos dogmáticos simultáneos y parciales: primero, parece estar ligado a los conceptos originales de Carl Schmitt de única o diversa instancia procesal; segundo, como una dicotomía que se vincula con la distinción entre órganos judiciales ordinarios y especiales; y tercero, opone el término difuso (sistema americano) al “sistema alemán-austríaco, personificado en el Tribunal Constitucional”.

Un uso también parcial de la dicotomía difuso-concentrado, en lo que podría ser la teoría opuesta a la de Ribera, podemos encontrar en Carlos Peña, en su más reciente intento de caracterizar el sistema de justicia constitucional existente en nuestro país al plantear que:

“El sistema así constituido presenta las siguientes características: 1. No existe en Chile una jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo. Las cuestiones concernientes a ese ámbito forman parte de la jurisdicción ordinaria y competen a los tribunales ordinarios que se acaban de describir. 2. El Poder Judicial chileno posee una justicia constitucional altamente difusa”²³.

Esto se revela como el planteamiento opuesto al de Teodoro Ribera, porque responde a una caracterización diferente del mismo sistema y en la misma época. Peña prosigue:

“En efecto, la Corte Suprema ejerce la tutela de la supremacía constitucional frente a preceptos legales que, dotados de validez, contradicen el texto constitucional. Esa tutela la ejerce la Corte en presencia de antinomias de fondo y en la actualidad parece inclinada a ejercerla respecto de preceptos legales que hayan entrado en vigencia con posterioridad al inicio de la vigencia del texto constitucional. Los textos anteriores a la entrada en vigencia de la Carta Política estarían

22 Ribera Neumann, Teodoro. “El tribunal constitucional y su porte al desarrollo del derecho. Aspectos relevantes de sus primeros 59 fallos”. *Revista Estudios Públicos* N° 34 otoño 1989 págs. 196-197. El propio Ribera agrega: “El sistema previsto en la Constitución de 1925 respecto del Tribunal Constitucional era similar, pero no idéntico. El artículo 78 b), literal f) permitía por ley aumentar las contiendas de competencia que debía resolver el Tribunal”.

23 Peña, Carlos. *Práctica Constitucional y derechos fundamentales*. Colección Estudios N°5 Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1996, págs. 152-153 y ver también págs. 198-199.

sometidos a la declaración de derogación tácita por parte del tribunal de la instancia. De otra parte, la declaración de inconstitucionalidad efectuada por la Corte Suprema, no priva de validez ni de vigencia al texto declarado inconstitucional, nada más lo hace inaplicable en el litigio en que incide la declaración. Esa facultad de la Corte Suprema coexiste con lo que el texto constitucional entrega al Tribunal Constitucional a quien compete, como se acaba de ver, el control de constitucionalidad de los proyectos de ley. Así pues, mientras el control de la Corte Suprema es represivo y de alcances particulares, el del Tribunal Constitucional es preventivo y de alcance general.”²⁴

De la interesante explicación que hace Carlos Peña del sistema de control de constitucionalidad chileno, se desprende que el uso que da a la dicotomía difuso-concentrado es también parcial, porque se concentra en explicar cómo nuestro sistema es difuso y relaciona la dicotomía mencionada con la existencia de una jurisdicción constitucional unida a la ordinaria y que no tiene carácter especial.

Por otra parte resulta interesante comprobar cómo, contradiciendo lo expresado por los profesores Cea, Ribera y Peña, Gastón Gómez, utilizando también la dicotomía difuso-concentrado en un trabajo más reciente, textualmente ha afirmado que el sistema constitucional chileno es doblemente concentrado en el Tribunal Constitucional y en la Corte Suprema:

“En el caso de Chile, como ya hemos sugerido, debemos indicar que el control constitucional se realiza concentradamente por dos vías y momentos diversos. El Tribunal Constitucional concentra la revisión abstracta-preceptiva o meramente facultativa de proyectos de preceptos legales, resolviendo, además, una serie de cuestiones relativas a decretos provenientes de la potestad ejecutiva. Coexiste con ello [y ésta es la segunda forma de concentración] la función de la Corte Suprema, una labor concentrada de judicial review, pues sólo ella puede declarar inaplicable un precepto legal vigente, con efectos inter pares, sin sujeción al stare decisis y para un caso concreto.”²⁵

El uso de la dicotomía difuso-concentrado en la obra de Gómez parece nuevamente vinculada a la idea de una jurisdicción ordinaria por contraste con una jurisdicción constitucional especial. Pero en el caso de Gastón Gómez no sólo hay una opinión diversa y en cierto modo contraria a la de Cea, Ribera y Peña sobre el control judicial constitucional chileno, sino que también el uso que le da a la dicotomía difuso-concentrado es más difícil de caracterizar, puesto que en las partes iniciales de su trabajo abunda en explicaciones sobre los

24 Ibid. supra nota 23.

25 Gómez Bernaldes, Gastón. “El control de constitucionalidad y el Tribunal Constitucional de 1980” en *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Cuadernos de Análisis Jurídico. Escuela de Derecho Universidad Diego Portales. 1996, pág. 14.

distintos significados de estos términos opuestos, distinguiendo en otros usos adicionales de esta misma dicotomía.

Dice en su trabajo²⁶ que el sistema de control de constitucionalidad de las leyes es considerado como concentrado en Europa y difuso en Estados Unidos, sin embargo, el control de otras fuentes normativas, tales como decretos y actos de la administración en los países europeos es muchas veces un sistema de control que podría caracterizarse como difuso. Hay que tener cuidado, entonces, cuando se habla de control de constitucionalidad como un todo, de distinguirlo de lo que es el control de constitucionalidad de las leyes y de otras fuentes normativas. Y también distingue en ambos sistemas una utilización de la dicotomía difuso-concentrado para decir que el sistema norteamericano es difuso porque no anula la disposición jurídica en cuestión, sino que lo que invalida son criterios de interpretación, mediante los cuales un tribunal inferior ha aplicado el Derecho en un caso concreto, y deja la disposición vigente; en cambio, en el sistema concentrado, existiría una anulación de la disposición objetada como tal en un procedimiento reglado y formalizado.

La explicación de Gastón Gómez, entonces, se asimila al uso que ha hecho Cruz Villalón: la idea de un sistema no escrito, basado en principios, que es difuso porque es confuso y no porque se refiera a varias instancias.

Una propuesta de ordenación

Para ordenar los conceptos y poder acceder a una visión más clara del verdadero funcionamiento del sistema jurídico, debemos reconocer que la historia de los así llamados órganos judiciales de control constitucional en la tradición continental y en la tradición anglosajona, presentan diferencias significativas. Aunque la influencia del así denominado modelo americano de control judicial constitucional ha sido muy importante en el Derecho continental de la segunda mitad de este siglo, es sabido que el temor de politizar las decisiones judiciales y de politizar la justicia ordinaria ha servido de aliciente para organizar instituciones especiales que realicen el control constitucional. Estas instituciones, que pueden o no llamarse judiciales, en verdad se separan de la jurisdicción ordinaria y adquieren un nivel jerárquico superior, y son muchas veces percibidas no como entes judiciales, sino como cuerpos superlegislativos²⁷;

²⁶ *Ibid.* supra nota 26.

²⁷ Damaska, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. Yale University Press, New Haven and London. 1986. pág. 68, que señala textualmente: "Divergent attitudes surface also in the adjudication of constitutional issues – that is, in the area where law and politics inevitably merge. It is well known that several continental countries have adopted mechanisms of judicial review, in some instances under the obvious influence of American constitutional law. Yet so deeply ingrained is the fear of unduly 'politicizing' the administration of justice that appeared undesirable to empower ordinary (real) judges to strike down unconstitutional statutes. Instead, this power has been vested in a highly placed and specialized tribunal, regarded not so much as a true court of law but as a superlegislative body."

como ha dicho el profesor Favoreu, es un poder; un poder legislativo negativo, como hablaba Kelsen, y a veces incluso se ha equiparado su actuar al del Poder Legislativo, al ejercer un control abstracto y preventivo, no aplicando normas sino juzgándolas, como señala Bouzat²⁸ e incluso se le ha considerado –aunque no comparto esta opinión– como una causal de debilitamiento del Poder Judicial tradicional, dejándolo como un mero “Administrador Judicial”, como señala Sagüés²⁹.

Comparto plenamente las afirmaciones de Teodoro Ribera sobre hacer una redistribución de competencias –no había pensado en eliminar el Tribunal Calificador de Elecciones– me parece, en cambio, que esta separación de funciones nos debería quizás llevar a plantear que el caso chileno puede llegar a ordenarse como sistema, si se resuelve reformar nuestra Constitución de manera que el Tribunal Constitucional monopolice la competencia sobre el recurso de inaplicabilidad y la apelación de los recursos de protección, con un sistema semejante al alemán o al español, en que hay una especie de consulta del tribunal ordinario al Tribunal Constitucional, y posiblemente con un efecto general, como es el caso del Tribunal Constitucional. Este sistema puede lograrse aumentándose el número de jueces constitucionales y siempre que la reforma constitucional autorice al mismo tiempo –y aquí tengo dudas sobre si esta innovación sería contraria a la Constitución– un sistema de *writ of certiorari* de manera que puedan elegirse los casos que son conocidos por dicho tribunal. Así, puede lograrse en el tiempo un mejor trabajo de coherencia dogmática constitucional y evitar al mismo tiempo el atochamiento que caracteriza en nuestros días al Tribunal Constitucional Español, que pareciera tener un régimen similar. Estas proposiciones no tienen directamente que ver con el uso de conceptos difuso o concentrado, sino que con un criterio de ordenación y jerarquización, más sistemático.

Aceptada esta primera aclaración acerca del rol del juez y del poder que cumplen los órganos judiciales de control, debemos entonces centrar el análisis en la dicotomía difuso-concentrado que es el objeto de este trabajo. A ese respecto conviene recordar, a mi juicio, el punto de vista del profesor de Derecho Comparado Mirjan Damaska, que planteaba que, al utilizar este método, hay que plantearse siempre tres preguntas fundamentales: ¿Qué se compara? ¿Cuál es el criterio de comparación? y ¿Cuál es el propósito u objetivo de la comparación?

28 Bouzat, Gabriel. “La argumentación jurídica en el control constitucional. Una comparación entre la judicial review y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad”. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Año 2 Nº 1 y 2. 1997. Buenos Aires, Argentina.

29 Sagüés, Néstor Pedro. “La magistratura constitucional especializada”, en *Revista de Derecho Pública*, Universidad de Chile. Vol. 1989 pág. 109.

Si tenemos en cuenta estas tres preguntas básicas podremos apreciar cómo en la dogmática constitucional comparada, la dicotomía difuso-concentrado muchas veces oscurece la claridad sobre estas cuestiones. De ello podríamos concluir apresuradamente que debemos abandonar totalmente el uso de este recurso conceptual, pero eso me parece excesivo, sobre todo si tenemos en cuenta que las autoridades del Derecho Constitucional siguen utilizando la dicotomía para explicar sus ideas en esta área del Derecho. Sin ir más lejos, como ya lo he hecho notar, los profesores Favoreu y Cea han usado la dicotomía difuso-concentrado al comienzo de su exposición y en un momento pude hojear el nuevo texto de la colección Dalloz que ha publicado el profesor Favoreu, y allí también se utilizan estas categorías conceptuales, así que quizá estoy postulando algo impresentable en el Derecho Constitucional actual.

Por eso, como la alternativa de evitar el uso de los términos difuso-concentrado debe descartarse, la idea es usarlos aclarando qué se quiere significar cuando se los usa. Y éste ha sido el camino utilizado en las obras del profesor Favoreu y en las obras en que el uso de la dicotomía resulta fructífero.

Existe todavía una tercera alternativa, que es explicar los sistemas de control de constitucionalidad explicitando los criterios de comparación, sin etiquetarlos bajo los opuestos de difuso y concentrado. Por ejemplo, en el caso chileno podríamos decir que en general el sistema de control judicial constitucional es compartido entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, y que en ambos casos se trata de un sistema donde existe un solo tribunal que conoce de dicho control en una sola instancia, puesto que la exigencia de la gestión judicial pendiente a que se refiere el recurso de inaplicabilidad no es una instancia de resolución de la cuestión constitucional, que es resuelta en definitiva por el pleno de la Corte Suprema.

También se puede plantear que el control judicial constitucional de la ley en Chile se resuelve por vía incidental en el pleno de la Corte Suprema, o por vía principal en el Tribunal Constitucional, tratándose en ambos casos de órganos judiciales que no son ordinarios, sino especialmente constituidos al efecto. Que en cuanto a los efectos de las resoluciones del Tribunal Constitucional, éstas tienen generalmente efecto común y constitutivo y que, en cambio, el efecto de las resoluciones de la Corte Suprema en materia de control constitucional tienen efecto particular y declarativo, y que en ambos casos no puede atribuirse normalmente efecto retroactivo a las resoluciones de estos órganos judiciales de control. Asimismo, puede plantearse que los sistemas de designación del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, aunque diversos, se asemejan bastante entre sí y que, como ha planteado el profesor Cea, quizás sería bueno diferenciarlos más todavía. Quizás más importante, que el sistema de control constitucional constituye un régimen jurídico altamente reglado (o reglamentado, como ha dicho el profesor Cea), pero aún insuficientemente sistematizado y coordinado desde el punto de vista de la

dogmática constitucional, donde aunque parece existir poco espacio para el desarrollo de principios no escritos, sus reglas no alcanzan todavía el carácter de un sistema (en ese sentido podríamos decir que tenemos un sistema un tanto difuso).

En fin, no estamos seguros si el sistema chileno se parece o si debe parecerse más al sistema alemán, al austríaco, al español, al francés o al norteamericano. Estos afanes de parecerse tienen el noble propósito de legitimarse y de poder explicar mejor nuestras instituciones, pero a veces son muy discutibles, sobre todo si no se expresa el punto de vista, el objeto y el propósito de dicha comparación. Comparaciones tan generales a veces recuerdan la famosa polémica que tuvo obsesionado a Thomas Jefferson en el plano de las ciencias naturales en el siglo pasado, que lo hizo gastar muchas energías en argumentar contra las ideas del sabio naturalista francés Buffon. Ambos discutieron si acaso las especies vivas y los animales en América eran de un tamaño mayor o menor que en el continente europeo³⁰.

Si miramos esta polémica con la beneficiosa perspectiva que otorga el tiempo, nos parece una curiosidad de comparación. Hoy sabemos que el tamaño de los animales no depende del continente donde habitan. Ojalá no nos pase lo mismo con los sistemas de control judicial de la Constitución. Como ha explicado el profesor Favoreu, los sistemas de control judicial de la constitucionalidad de las leyes se consolidan y legitiman como tales, no sólo por factores jurídicos, ni menos por categorías dogmáticas comparativas, sino también debido a factores políticos, y ninguno de estos factores necesariamente dependen del lugar geográfico donde se manifiestan.

30 Jefferson, Thomas. *Notes on the states of Virginia* W.W. Norton & Company, New York, London (ed. 1954), pág. 50-58.