

RELACIONES ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CORTE SUPREMA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO*

Andrés BORDALÍ SALAMANCA **

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Diálogo y colaboración entre jueces constitucionales y jueces ordinarios.* III. *El Tribunal Constitucional como corte de casación: el amparo constitucional.* IV. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Desde que los sistemas constitucionales europeos incorporaron la figura de los tribunales constitucionales se dio inicio a un espinoso camino de conflictos entre los órdenes de la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria. Esos conflictos generan insertaza jurídica y un trato desigual de los ciudadanos ante la Constitución y ley.

Si bien con la concepción de Kelsen de la Constitución como norma organizativa y procedimental que regula el sistema de producción de normas generales¹ no estaba prevista la generación de tales conflictos,²

* Este trabajo corresponde a una versión de la exposición que el autor realizara en el Congreso Internacional de Justicia Constitucional organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, celebrado en México, D. F. entre los días 28 de noviembre y 2 de diciembre de 2005, participación que contó con el patrocinio de la Dirección de Investigación y Desarrollo de la Universidad Austral de Chile.

** Abogado, doctor en derecho, profesor de derecho procesal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Valdivia.

¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de R. Vernengo, México, UNAM, 1986, pp. 232 y ss.

² No al menos en el control de leyes generales. Para un análisis crítico del planteamiento de Kelsen en esta materia véase Pérez Tremps, P., *Tribunal constitucional y Poder Judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 11 y ss.

ya que de esa Constitución no se derivan normas materiales, principios y valores directamente aplicables por los demás poderes públicos, ello se vio claramente alterado desde la posguerra. En efecto, una vez terminado el conflicto bélico europeo, las Constituciones que le siguieron fueron concebidas como normas jurídicas que reconocen, principalmente, derechos, principios y valores vinculantes para todos los poderes del Estado.

Este cambio de concepción de la Constitución determina que ésta no fuera entendida como una norma dirigida en exclusiva al legislador y controlable exclusivamente por el Tribunal Constitucional, sino que llevó a entenderla como la máxima norma del ordenamiento jurídico que se dirige a todos los poderes públicos. En razón de ello, los jueces ordinarios se vieron obligados a aplicar e interpretar conjuntamente los preceptos legales y los de carácter constitucional. El juez ordinario se ve obligado a ascender desde el ámbito de la ley al de la Constitución.

Por otra parte, el temor a los vacíos normativos, que en algunos casos puede significar dejar sin efecto leyes que prevén recursos económicos para financiar derechos fundamentales de contenido social, así como el respeto o deferencia hacia el legislador democrático, ha llevado a los tribunales constitucionales europeos a declarar nula una ley con un carácter excepcional, es decir, sólo si no es posible encontrar ninguna interpretación de la misma conforme al mandato constitucional. Para salvar la constitucionalidad de la ley, los jueces constitucionales la declaran constitucional, en la medida en que se la interprete según lo que ellos disponen en la sentencia constitucional. Es el caso de las sentencias interpretativas.³ Con ellas, los tribunales constitucionales descienden desde la Constitución a la ley ordinaria, compartiendo con los jueces ordinarios la interpretación de la ley.

Hay de este modo una actividad compartida entre la judicatura constitucional y la ordinaria entre la aplicación e interpretación de la Constitución y de la ley, cuyos límites no son muy claros.

³ Sobre el sentido de las sentencias interpretativas remito a mis trabajos “Análisis crítico del control preventivo y represivo de constitucionalidad de las normas jurídicas por los tribunales constitucionales”, en Nogueira, H. (coord.), *Jurisdicción constitucional en Chile y América Latina. (Homenaje en memoria de Germán Bidart Campos y Louis Favoreau)*, Santiago de Chile, Lexis-Nexis, 2005, pp. 249-252; “El modelo chileno de jurisdicción constitucional de las libertades. Análisis en el marco de los valores de seguridad jurídica e igualdad constitucional”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XVIII, núm. 1, julio de 2005, pp. 102-104.

Esta situación en Chile se ve agravada aún más, pese a la relativa mejora que recientemente se ha dado con la reforma constitucional⁴ que traspasó al Tribunal Constitucional la competencia para declarar inaplicable un precepto legal en un caso concreto, atribución que antes correspondía a la Corte Suprema.⁵ En efecto, a la situación de aplicación e interpretación de la Constitución y de la ley compartida entre tribunales constitucionales y tribunales ordinarios hay que agregar el hecho de que los tribunales ordinarios chilenos conocen de una tutela directa de los derechos fundamentales vía recursos de protección, hábeas corpus y amparo económico. En estos procedimientos, especialmente en sede de protección, las cortes de apelaciones como tribunal de primera instancia, y la Corte Suprema como tribunal de apelación, no se limitan a mantener cautelarmente un *statu quo* en relación con el derecho fundamental invocado, sino que la mayoría de las veces declaran el sentido y alcance del derecho fundamental y el modo de su conculcación, por lo que la judicatura ordinaria termina por formular una norma constitucional secundaria que se incorpora al orden jurídico.⁶ En esta labor, la Corte Suprema compite con el Tribunal Constitucional. Este último, a través de las competencias que le atribuye la Constitución, está facultado para definir el sentido y alcance de los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional.

A la situación descrita anteriormente de competencia compartida entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema en la defensa y configuración de los derechos fundamentales se une marginalmente la competencia de la judicatura ordinaria para declarar la nulidad de derecho público de actos que atenten contra la Constitución, sea en su parte orgánica o en el reconocimiento de un derecho fundamental, cuestión que puede llegar al conocimiento de la Corte Suprema vía recurso de casación en el fondo. A su vez, si ese acto impugnado se refiere a un decre-

⁴ Reforma constitucional practicada por la ley 20.050, del 26 de agosto de 2005.

⁵ Para un análisis de las contradicciones que se daban entre el Tribunal Constitucional como órgano de control preventivo de constitucionalidad de los proyectos de ley y la Corte Suprema como órgano de control represivo de constitucionalidad de las leyes, remito a mi trabajo “El modelo chileno de jurisdicción constitucional de las libertades. Análisis en el marco de los valores de seguridad jurídica e igualdad constitucional”, *cit.*, pp. 98-100.

⁶ Sobre este aspecto véase Aldunate, E., “Interpretación constitucional y decisión política”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, vol. XV, 1993-1994, p. 59.

to supremo, la nulidad⁷ también puede ser decretada preventiva o reprobatoriamente por el Tribunal Constitucional.⁸

En definitiva, al igual que muchos países europeos, tenemos en Chile dos órdenes jurisdiccionales facultados para definir el sentido y alcance de la Constitución y los derechos fundamentales reconocidos en ella. Como esa duplicidad en la interpretación constitucional puede generar, y de hecho ha generado, conflictos que redundan en definitiva en la afectación de los valores seguridad jurídica e igualdad de las personas ante la Constitución y las leyes, los países europeos, en algunos casos, han regulado específicos instrumentos jurídicos que permiten la coordinación de las decisiones judiciales, y, en otros, los órdenes jurisdiccionales han ideado prácticas para evitar los conflictos entre ellas.

En el derecho chileno no se reconoce ningún instrumento jurídico que permita regular adecuadamente esta situación. Los órdenes jurisdiccionales tampoco han ideado prácticas que permitan coordinar mejor sus actuaciones. En las páginas que siguen analizaré críticamente dos vías utilizadas por la justicia constitucional europea para coordinar las actuaciones de los órdenes jurisdiccionales en la defensa de la Constitución y los derechos fundamentales, con el fin de evaluar su eventual utilización en Chile.

Se trata, en primer lugar, de la práctica de colaboración entre la Corte Constitucional y la Corte de Casación, lo que se conoce actualmente en países como Italia como el “diálogo entre las cortes”. En segundo lugar se trata de analizar cómo funciona el amparo de derechos fundamentales de países como España, que atribuye al Tribunal Constitucional la última palabra en la tutela y configuración de los derechos fundamentales. Terminaré esta investigación con algunas conclusiones generales.

II. DIÁLOGO Y COLABORACIÓN ENTRE JUECES CONSTITUCIONALES Y JUECES ORDINARIOS

Desde el comienzo del funcionamiento de los tribunales constitucionales europeos, la atención fue puesta principalmente en las relaciones

⁷ Véase sentencia de la Corte Suprema, del 10 de junio de 1999, en la causa “Cossío con Fisco”, publicada en *Gobierno y Administración del Estado*, año VII, núm. 83, junio de 2000, pp. 160 y ss.

⁸ Artículo 93, núm. 9 y 160., Constitución Política de la República.

entre ellos y el Poder Legislativo. Es básicamente respecto al legislador donde se esperaban las principales tensiones con este nuevo órgano constitucional. Un conflicto dado entre un legislador dotado de legitimidad democrática⁹ que crea los preceptos legales *versus* un órgano que carece de legitimidad democrática, pero con la capacidad de anular la labor del primero. La labor de un legislador democrático “positivo” contrastada con una actividad de “legislador negativo”¹⁰ no democrático.

Conscientes de tal problema, en la mayoría de los casos los jueces constitucionales manifestaron desde un principio un respeto hacia el legislador democrático. Comienza poco a poco a estimarse por la judicatura constitucional que las leyes gozan de una presunción de constitucionalidad,¹¹ lo que quiere decir que debe presumirse que el legislador no quiso aprobar una norma inconstitucional, por lo que exige interpretar el texto de la ley de modo que incorpore una norma conforme con la Constitución.¹² La declaración de nulidad de un precepto legal viene a operar como *ultima ratio*, sólo si no es posible darle ninguna interpretación conforme con la Constitución. De este modo, los tribunales constitucionales comienzan a alejarse paulatinamente del modelo del legislador negativo de Kelsen, que se limitaba a anular leyes. Se observa que en algunos casos la anulación de la ley generará un vacío normativo con resultados peores de los que se deberían eliminar con la sentencia de inconstitucionalidad.

⁹ La oposición a los tribunales constitucionales en Europa tuvo orígenes tanto conservadores, como la de Schmitt en Alemania, como progresistas, representada por las fuerzas políticas fundamentalmente de izquierda. Es el caso del partido comunista italiano, que rechazó la incorporación a la Constitución de 1947 de una Corte Constitucional. Fundamentando tal rechazo, el Estado comunista italiano de ese entonces, Palmiro Togliatti, señalaba que a través de ese órgano, “ilustres ciudadanos vendrían a ser colocados sobre todas las asambleas y sobre todo el sistema del Parlamento y de la democracia, para ser sus jueces”. Sobre estas críticas conservadoras y progresistas remito a Schmitt, C., *La defensa de la Constitución*, trad. de M. Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1983, *passim*. Para la crítica comunista italiana a la Corte Constitucional remito a Rodota, C., “Corte costituzionale e cultura política en Italia”, en Rodotá, S. (ed.), *Diritto e cultura della politica*, Roma, Carocci, 2004, p. 49.

¹⁰ Kelsen, H., *Quién debe ser el defensor de la Constitución*, trad. de R. Brie, Madrid, Tecnos, 1995, p. 37.

¹¹ Weber, A., “Alemania”, en Aja, E. (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 81.

¹² Ferreres, V., *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 147.

Surgen de este modo las denominadas sentencias intermedias. Entre éstas destacan las sentencias interpretativas, que si bien suponen¹³ una deferencia hacia el legislador, no la tienen respecto de la judicatura ordinaria. La Corte de Casación, soberana hasta entonces en la interpretación de la ley, comienza a recibir interpretaciones “oficiales” de la ley de parte de los jueces constitucionales.

Estas vinculaciones entre justicia constitucional y justicia ordinaria no estaban completamente previstas al momento de la instauración de las cortes constitucionales europeas. Parece que la creación de un sistema concentrado de control de constitucionalidad de las leyes a cargo de un tribunal constitucional —el modelo típicamente europeo o kelseniano— suponía una separación clara y rígida entre Constitución y ley, y entre jueces que operan en el ámbito de la Constitución y de la ley. Sin embargo, esa situación no se dio en la mayoría de los Estados europeos.

Esta concepción cambió radicalmente desde el momento de la creación de la cuestión de constitucionalidad que pueden promover los jueces ordinarios ante el Tribunal Constitucional, que se introdujo a la Constitución austriaca con la reforma de 1929,¹⁴ y que luego fue incorporada por la mayoría de los sistemas de justicia constitucional europeos, llegando a caracterizar al sistema italiano de justicia constitucional.¹⁵

El juez ordinario europeo, al igual que el estadounidense, debe siempre analizar la constitucionalidad de las leyes que debe aplicar a un caso concreto que debe decidir. La única diferencia es que en Estados Unidos ese mismo juez ordinario inaplicará el precepto legal contrario a la Constitución, mientras que en Europa el juez ordinario deberá remitir la cuestión de constitucionalidad al tribunal constitucional, estándose vedado declarar la inconstitucionalidad por sí mismo, competencia que es exclusiva del

¹³ La deferencia hacia el legislador viene dada por la no anulación de una ley si puede ser interpretada conforme con la Constitución. Sin embargo, estas sentencias introducen nuevas normas en el ordenamiento, por lo que suponen atribuirse una función no prevista constitucionalmente. De este modo, el tribunal constitucional viene a competir con el legislador en la creación de normas jurídicas, por lo que la idea de deferencia cae por este lado.

¹⁴ Schaffer, F. L., “Austria”, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, cit., p. 8.

¹⁵ Pesole, L., “El acceso por vía incidental en la justicia constitucional italiana”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XII, núm. especial, agosto de 2001, pp. 261 y ss.

Tribunal Constitucional.¹⁶ En este sentido, en el derecho europeo continental los jueces ordinarios también son jueces de la constitucionalidad, aunque no en los mismos términos que en los Estados Unidos.

1. *El caso italiano. De la guerra al diálogo entre las dos cortes*

En Italia la doctrina señala que el sistema concentrado y difuso tiende a confundirse,¹⁷ puesto que los jueces ordinarios están absolutamente implicados en el control de constitucionalidad de las leyes.¹⁸ Ello viene a indicar que no existen unos jueces que operan estrictamente en el ámbito de la Constitución y otros sólo en el ámbito de la ley.

Sin embargo, los problemas más agudos entre Corte Constitucional y jueces ordinarios, con una Corte de Casación en el vértice, vinieron dados por las denominadas “sentencias interpretativas de rechazo”, a que ya he hecho referencia. Mediante ellas, el juez constitucional rechaza la cuestión de constitucionalidad que ha promovido un juez *a quo*, declarando la constitucionalidad de la ley en la medida en que se le dé la interpretación que expone en su sentencia. El juez constitucional intenta dar una interpretación auténtica a la ley.

En el caso italiano, los jueces constitucionales, desde comienzos de la acacia de los sesenta del siglo XX,¹⁹ intentaron imponer esa interpretación de la ley a la Corte de Casación. Sin embargo, no teniendo las *ratio-*

¹⁶ Rubio Llorente, F., *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 442.

¹⁷ Romboli, R., “L’interpretazione della legge alla luce della Costituzione tra Corte costituzionale e giudice comune”, en Navarretta, E., Pertici, A. (eds.), *Il dialogo tra le corti. Principi e modelli di argomentazione*, Pisa, Edizioni Plus, Università di Pisa, 2004, p. 26.

¹⁸ Este control difuso de constitucionalidad no viene dado solamente por la facultad de los jueces ordinarios de plantear la duda de constitucionalidad de un precepto legal ante la Corte Constitucional, sino también por el rol que desempeña el juez *a quo* en la cuestión de constitucionalidad. De conformidad con los artículos 1 de la Ley Constitucional 1/1948 y 23 de la ley 87/1953, el asunto sólo llegaría a conocimiento de la Corte Constitucional si no es declarado manifiestamente infundado por el juez *a quo*. Ello se traduce en que el primer juicio de constitucionalidad lo hace el juez de la judicatura ordinaria. Ese juez debe analizar si el precepto legal es o no inconstitucional. Si decide no plantear la cuestión a la Corte es porque ha decidido que la ley impugnada se ajusta a la Constitución. Es evidente pues que ese juez realiza una labor de control de constitucionalidad de las leyes.

¹⁹ Pizzorusso, A., “Principali fattori evolutivi del sistema delle fonti del diritto italiano”, *Il dialogo tra le corti. Principi e modelli di argomentazione*, cit., p. 22.

nes decidendi de las sentencias constitucionales efecto vinculante para los jueces ordinarios, no faltaron los casos en los cuales esos jueces desatendieron los “consejos” de la Corte Constitucional.²⁰ De este modo, la Corte de Casación continuó interpretando la ley de acuerdo con un significado que la Corte Constitucional había excluido. Luego, cuando en otro caso pendiente ante los jueces ordinarios la cuestión sobre la constitucionalidad de un precepto legal era nuevamente propuesta ante la Corte Constitucional, ésta declaraba la inconstitucionalidad de la interpretación de la ley que había dado la Corte de Casación, excluyendo así definitivamente la posibilidad de recurrir a la misma (sentencia interpretativa de aceptación).

El cuadro recientemente descrito generó lo que se conoce como la “guerra entre las dos cortes”.²¹ Ambas cortes disputaban sobre quién tenía la última palabra en la interpretación de la ley, generando de este modo una considerable insertaza jurídica, puesto que los jueces de base no sabían en ese entonces si hacer caso a la Corte de Casación, que le corresponde según expresa disposición de la ley la función de *nomofilaxis*, o bien seguir en la interpretación a la Corte Constitucional, que es el tribunal expresamente instituido para interpretar la Constitución.²²

Obviamente, esto se produce en Italia porque no existe ninguna norma que sancione la vinculación de las decisiones de la Corte Constitucional para el orden jurisdiccional ordinario, así como tampoco existen instrumentos procesales que permitan darle a la Corte Constitucional la última palabra en materia de defensa de la Constitución.

La situación de “guerra” sólo fue superada en Italia en la década de los ochenta del siglo pasado.²³ Se pasa así de la confrontación entre los dos órdenes jurisdiccionales a una situación de colaboración y de diálogo. El paso atrás²⁴ lo dio la Corte Constitucional, quien asume una posición de respeto hacia el “derecho vivo”, es decir, a como los jueces ordinarios, y especialmente la Corte de Casación, han interpretado la ley. Sin embargo,

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Romboli, R., “L’interpretazione della legge alla luce della Costituzione tra Corte costituzionale e giudice comune”, *cit.*, p. 28.

²² Pizzorusso, A., “El Tribunal Constitucional italiano”, en Favoreu, L. *et al.*, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 255.

²³ *Ibidem*, p. 29.

²⁴ Ruggeri, A., “Storia di un falso”, *L’efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1990, p. 110.

al mismo tiempo, la interpretación de la ley dada por la Corte Constitucional, especialmente en los casos donde no se ha formado un “derecho vivo”, tiene una fuerte eficacia persuasiva respecto de los jueces ordinarios. Se dice entonces que en Italia, la función típicamente casatoria de *nomofilaxis*, esto es, la defensa de la ley, hoy en día no la desarrolla en exclusiva la Corte de Casación, sino conjuntamente con la Corte Constitucional.²⁵

Por otra parte, hay una tendencia observable actualmente en Italia en orden a que los jueces ordinarios resuelvan, vía interpretación de la ley, las dudas sobre la constitucionalidad de éstas. Se aboga de este modo por una aplicación directa de la Constitución por los jueces ordinarios, especialmente en aquellos casos en que no se ha formado un “derecho vivo”. La Corte Constitucional sugiere a los jueces ordinarios que hagan uso de sus poderes interpretativos con el fin de valorar preventivamente si existe la posibilidad de superar las dudas de constitucionalidad a través de una interpretación armonizadora de la disposición legal, que haga de la misma conforme a los principios constitucionales. De este modo, la Corte Constitucional italiana valoriza la actividad interpretativa de la ley y de la Constitución de parte de los jueces ordinarios. Evita actualmente de este modo asumir interpretaciones “militantes”,²⁶ como lo hacía con las sentencias interpretativas de rechazo.

En definitiva, el sistema de justicia constitucional italiano es cada vez más difuso, e invita a los jueces ordinarios a desarrollar una función relevante en la defensa de la Constitución.²⁷ Todo ello ha comportado un retraimiento de la Corte Constitucional, aminorándose los caracteres concentrados del sistema y acrecentándose los difusos.²⁸

Las interpretaciones que realiza la Corte Constitucional sólo se pueden imponer a la jurisdicción ordinaria gracias a la eficacia persuasiva de la motivación o a la *autoritas* de que goza este órgano constitucional.²⁹ No

²⁵ Pesole, L., “El acceso por vía incidental en la justicia constitucional italiana”, *cit.*, p. 266.

²⁶ Romboli, R., “L’interpretazione della legge alla luce della Costituzione tra Corte costituzionale e giudice comune”, *cit.*, p. 30.

²⁷ *Ibidem*, pp. 29-33.

²⁸ La Corte Constitucional italiana ha sido definida por Enzo Cheli como la menos latina y la más anglosajona de todas las instituciones italianas. *Cfr.* Cheli, E., “Modello originario e vicende storiche della Corte Costituzionale”, *Diritto e culture della politica*, *cit.*, p. 55.

²⁹ Rolla, G., “Juicio de legitimidad constitucional en vía incidental y tutela de los derechos fundamentales”, *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Chile, año 2, núm. 1, 2004, p. 318.

hay ningún medio compulsivo, como podría ser un recurso de tipo casatorio o de amparo, mediante el cual la Corte Constitucional podría dejar sin efecto una sentencia de la judicatura ordinaria por vulnerar la Constitución o sus fallos.³⁰

La práctica desarrollada en Italia de colaboración y diálogo entre las cortes es valorada positivamente por la doctrina, frente a la alternativa amparista o casatoria que existe en países como Alemania y España. Esta opinión favorable se explica por dos razones fundamentales. En primer lugar, evita sobrecargar de trabajo a la Corte Constitucional, lo que repercutiría negativamente sobre la eficiencia de su funcionamiento, cuestión que hoy en día es altamente apreciada en Italia. Por otra parte, se teme que un poder anulatorio en manos de la Corte Constitucional podría alterar las relaciones entre jurisdicciones. Existe el temor de que la Corte Constitucional pueda entrometerse en el campo de las competencias y de la autonomía decisoria de la magistratura ordinaria, debido precisamente a que los límites entre cuestiones de constitucionalidad y de legalidad son difusos.³¹

Sin embargo, se pone atención también por algún autor en que la práctica ideada en Italia de relaciones respetuosas entre las cortes comporta una pérdida de certeza en la interpretación de la Constitución y la ley.³² Se aleja de este modo la Corte Constitucional del valor seguridad jurídica, al que aludió expresamente en su sentencia 3, de 1957, donde señalaba que “sólo las decisiones de la Corte Constitucional pueden asegurar, con la certeza del derecho, la primera tutela de los ciudadanos a la constitucionalidad de las leyes”³³.

Parece que la experiencia italiana es contraria a la idea de un único intérprete definitivo de la Constitución. Y para un sector importante de la doctrina, una de las justificaciones más significativas de un tribunal

³⁰ Para las modalidades que podría considerar una función casatoria en manos del Tribunal Constitucional remito a mi trabajo “El modelo chileno de jurisdicción constitucional de las libertades. Análisis en el marco de los valores de seguridad jurídica e igualdad constitucional”, *cit.*, pp. 109 y ss.

³¹ Crivelli, E., *La tutela dei diritti fondamentali e l'accesso alla giustizia costituzionale*, Padua, Cedam, 2003, pp. 166 y 167; Pesole, L., “El acceso por vía incidental en la justicia constitucional italiana”, *cit.*, pp. 270 y 271.

³² Navarrete, E., “Introduzione”, *Il dialogo tra le corti. Principi e modelli di argomentazione*, *cit.*, p. 14.

³³ Sentencia citada en Pegoraro, L., *Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1988, p. 4.

constitucional es ponderar a la seguridad jurídica,³⁴ cuestión que no se logra si no se permite determinar, al menos en un momento temporal, cuál es el mandato constitucional que vincula a todos los poderes públicos y a los ciudadanos, para lo cual, obviamente, contribuye la existencia de un solo órgano capaz de decir cuál es ese mandato.³⁵

2. “Guerra entre las dos cortes” en Chile

En Chile no tenemos la figura del amparo como instrumento casatorio unificador en materia de derechos fundamentales en manos del Tribunal Constitucional. En este sentido, tenemos una situación institucional semejante a la italiana, aunque agravada, dado que los jueces ordinarios chilenos tutelan directamente los derechos fundamentales vía protección, hábeas corpus y amparo económico (entre otros procedimientos amparistas), así como de un procedimiento anulatorio por violación de la Constitución, conocido como “nulidad de derecho público”. Nada de ello existe en Italia. Sin embargo, como hemos visto, se generó en ese país una verdadera “guerra” entre la Corte Constitucional y la de Casación, afectándose claramente el valor seguridad jurídica.

En el derecho chileno los jueces constitucionales descienden desde el campo de la Constitución hacia la ley a través de las sentencias interpretativas.³⁶ Por otra parte, los jueces ordinarios ascienden directamente desde el campo de la ley hacia la Constitución por medio de los procedimientos

³⁴ Pérez Tremps, P., *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, cit., pp. 204 y ss.

³⁵ Pegoraro, L., *Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., p. 1; Sagués, N. P., “La Corte Suprema y el control jurisdiccional de constitucionalidad en Argentina”, *Ius et Praxis*, año 4, núm. 1, 1998 (“Corte Suprema y Tribunal Constitucional: competencias y relaciones”), p. 87; Pérez Tremps, P., *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, cit., pp. 193 y ss.

³⁶ Las sentencias interpretativas son utilizadas por el Tribunal Constitucional chileno. Sobre su uso y efectos en el derecho chileno remito a los trabajos de Ribera, T., “El Tribunal Constitucional y su aporte al desarrollo del derecho”, *Estudios Públicos*, núm. 34, 1989, pp. 219 y 220; Zapata, P., *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Santiago de Chile, Biblioteca Americana, Universidad Andrés Bello, 2002, pp. 121 y 122; Correa, R., “Derecho constitucional procesal”, *Revista de Derecho*, Universidad Adolfo Ibáñez, núm. 1, 2004, Comentario de la jurisprudencia del año 2003, Corte Suprema, Tribunal Constitucional, p. 549; Zúñiga, F., “La sentencia del Tribunal Constitucional”, en Nogueira, H. (coord.), *Jurisdicción constitucional en Chile y América Latina: presente y prospectiva (homenaje en honor de Germán Bidart Campas y Louis Faroueu)*, Santiago de Chile, Lexis-Nexis, 2005, p. 319.

de tutela directa de los derechos fundamentales (protección, hábeas corpus y amparo económico, principalmente) y de la nulidad de derecho público.

Hasta la fecha no se han dado situaciones realmente conflictivas entre los órdenes jurisdiccionales, similares a la “guerra entre las dos cortes” italianas. Sin embargo, en el caso de las sentencias interpretativas, la actual reforma constitucional³⁷ podría dar pie a incrementar su uso y a generar conflictos. En efecto, dos de los requisitos esenciales para dar lugar a un uso intensivo de la técnica de las sentencias interpretativas y a eventuales conflictos, son la existencia de un poder conferido al Tribunal Constitucional para anular leyes y de una competencia casatoria en manos de la Corte Suprema.

Hasta antes de la reforma constitucional no existía ese poder anulatorio en manos del Tribunal Constitucional ni de la Corte Suprema. El Tribunal Constitucional tenía sólo la facultad de controlar preventivamente la constitucionalidad de los proyectos de ley, y la Corte Suprema sólo podía desaplicar para el caso concreto una ley vigente. Ninguna de esas hipótesis generaba las condiciones necesarias para la utilización de las sentencias interpretativas, que consisten en el temor a que la anulación de una ley con carácter general pudiera generar resultados peores al vicio contenido en la ley misma (*horror vacui*). Ello es especialmente relevante en el caso de las leyes con contenido presupuestario que dan vigencia a un derecho social, caso en el cual la anulación de la ley implicaría la vulneración de ese derecho.³⁸

Pese a que no existían esas condiciones antes de la reforma constitucional, las sentencias interpretativas eran utilizadas por el Tribunal Constitucional chileno. Parece que a los jueces constitucionales chilenos, más que temer a un vacío normativo, les preocupaba autorizar la incorporación al ordenamiento jurídico un precepto legal que puede dar lugar a interpretaciones inconstitucionales. Por ello, con la interpretación de un futuro precepto legal que dan los jueces constitucionales en su sentencia se intenta evitar que los jueces ordinarios puedan darle una interpretación contraria a la Constitución al precepto, una vez que esté vigente.

³⁷ Reforma constitucional que en materia de competencias del Tribunal Constitucional comenzará a operar el 26 de febrero de 2006, según prescribe la disposición decimosexto transitoria de la ley 20.050.

³⁸ Weber, A., “Alemania”, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, cit., p. 82.

Pero al temor de la incorporación de normas legales inconstitucionales se sumará con la reforma constitucional reciente el peligro de dejar sin efecto leyes, con el consiguiente vacío normativo que se genera. Todo ello favorece las condiciones para que aumenten las sentencias interpretativas y eventuales roces con el poder jurisdiccional ordinario. El Tribunal Constitucional podrá rechazar una cuestión de inconstitucionalidad de una ley que debe aplicarse en un juicio o gestión tramitado ante un tribunal ordinario, en la medida en que se interprete ese precepto legal de un determinado modo que lo entiende no opuesto a la Constitución. La Corte Suprema, conociendo de un recurso de casación en el fondo, podrá darle una interpretación diversa al referido precepto legal.

La Corte Suprema no estaría obligada a seguir la interpretación dada por el Tribunal Constitucional. Para argumentar su posición podría aducir que el máximo intérprete de la ley es ella, ya que tiene atribuida por la ley la competencia de *nomofilaxis*, y no el Tribunal Constitucional. Asimismo, podría argumentar que la tutela de la Constitución y los derechos fundamentales es compartida entre el Tribunal Constitucional y ella misma a través de los procedimientos de tutela de los derechos fundamentales y de nulidad de derecho público. A ello se puede agregar que la Corte Suprema tiene en exclusiva la competencia de tutela del derecho fundamental a un debido proceso vulnerado con una sentencia dictada en un juicio penal oral, estando facultada para anular la sentencia y el juicio oral respectivo (artículo 373 a), Código Procesal Penal).

En definitiva, la Corte Suprema puede esgrimir que la única defensora de la correcta interpretación de la ley es ella. Además, la tutela directa de los derechos fundamentales les corresponde al orden jurisdiccional ordinario, del que ella es su máximo tribunal. No existiría en Chile por tanto un único defensor de la Constitución y de los derechos fundamentales.

Ante este cuadro, resulta evidente que en Chile no sólo no hay unidad en la interpretación de la Constitución, sino que tampoco lo hay respecto a la función de *nomofilaxis*. Y el recurso de casación, a mi juicio, debería seguir teniendo como principal finalidad la de uniformar la jurisprudencia, con objeto de salvaguardar el principio de igualdad ante la aplicación e interpretación de la ley, así como los principios de seguridad y de certeza jurídicas.

Habiendo dos cortes que desarrollan simultáneamente estas labores, se dificulta hablar de seguridad jurídica e igualdad ante la Constitución y la ley. La lógica apunta claramente que para dar mayor seguridad jurídica y

un trato más igualitario al ciudadano ante el ordenamiento jurídico en su conjunto, contribuiría la existencia de un solo órgano que desarrollara tales funciones, o al menos un último intérprete de la Constitución y otro de la ley.

Fernando Atria³⁹ no está de acuerdo con esta última afirmación. Sostiene que no hay razón para pensar que la sola existencia de un intérprete definitivo de la Constitución eliminaría la atribución de diversos significados a la misma. Ello se explica porque las cortes cambian constantemente de opinión. Ello no sólo puede decirse de la Corte Suprema estadounidense, sino —agrega— con mayor razón en el caso de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional chilenos. Estoy de acuerdo con esa afirmación, pero creo que podríamos concordar también en que no una, sino dos cortes como intérpretes definitivas de la Constitución pronunciando sentencias contradictorias, hace aún más complejo, desigual y menos previsible el derecho.

Por otra parte, vale la pena detenerse en el significado de la uniformidad de la interpretación, ya sea de la Constitución o de la ley. Desde luego, hay que rechazar una concepción que entendiera que las interpretaciones dadas por las cortes a la Constitución o a la ley sean definitivas. Ello no es deseable. Estancaría la evolución del derecho y lo marginaría del cambio social. La uniformidad que se le debe exigir a la interpretación debe ser *sincrónica*, no *diacrónica*. Sólo exige que en un momento determinado exista una única interpretación del sentido de la Constitución o de la ley. Esta tesis ha sido defendida en el ámbito de la justicia constitucional chilena por Eduardo Aldunate. En el ámbito de la justicia ordinaria uno de sus principales defensores es Michele Taruffo.

La tesis de Aldunate⁴⁰ señala que la cosa juzgada en materia procesal constitucional no consiste en la resolución definitiva de un conflicto de carácter constitucional, sino en evitar la coexistencia de dos sentidos normativos incompatibles entre sí atribuidos a un mismo pasaje del texto constitucional o, en general, entre diversos pasajes de dicho texto. Éste es el sentido que debe asumir el concepto de unidad de la Constitución. Los órganos de la jurisdicción constitucional —señala Aldunate— y to-

³⁹ Atria, F., “Revisión judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha”, *Estudios Pú- blicos*, núm. 79, invierno de 2000, p. 370.

⁴⁰ Aldunate, E., “El derecho procesal constitucional desde la perspectiva de la teo- ría constitucional”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, XVIII, 1997, p. 99.

do tribunal de justicia —agregaría yo—, desde luego que pueden modificar los fallos anteriores, pero para ello están obligados a una carga argumentativa, consistente en asumir cada uno de los argumentos dados en su oportunidad para justificar una determinada atribución de sentido normativo al texto constitucional.

La tesis de Taruffo,⁴¹ que retoma un trabajo de Gino Gorla, sostiene que los cambios de jurisprudencia no sólo son posibles, sino también deseables, cuando se justifican en buenas razones. Lo que exige la uniformidad en la interpretación del derecho es al menos de tipo *sincrónica*, es decir, la uniforme interpretación de la ley en un mismo momento. Todo ello supone que la casación no es vista como una tercera instancia o un recurso que hace justicia en el caso concreto, sino como instrumento que permite asegurar la aplicación de la norma según la interpretación que aparece como justa con base en criterios de orden general. La decisión dada por la Corte de Casación debe valer para todos los casos subsumibles en el mismo supuesto fáctico normativo, hasta que no se encuentren razones, también de orden general, para una interpretación diversa.

Para Taruffo, es claro que esta concepción de la casación centrada en la solución más justa de una situación, expresada sobre la base de criterios generales de interpretación y no sobre las particularidades del caso concreto (casación para la salvaguardia del *ius constitutionis*, y no del *ius litigatoris*), supone una sola Corte Suprema y centralizada, ojalá con una reducción de secciones o salas y de los magistrados, en correlación con una deseable drástica reducción del mismo de recursos a examinar en su mérito.⁴²

De este modo, si lo que es deseable es que en un momento determinado exista una sola atribución de significados de la Constitución o de la ley, es evidente que a ello contribuye el hecho de que esa función la desarrolle un solo órgano. Además, sería deseable que ese único órgano desarrolle una práctica consistente de respeto de sus precedentes.⁴³ Ambas situaciones no se dan en el derecho chileno.

⁴¹ Taruffo, M., *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*, Bolonia, Il Mulino, 1991, pp. 165 y ss.

⁴² *Ibidem*, p. 168.

⁴³ Para analizar el funcionamiento de la casación y el precedente en Chile remito al trabajo más reciente en la materia de Romero, A., *La jurisprudencia de tribunales, fuente del derecho. Una perspectiva procesal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, *passim*.

¿Qué hacer en Chile para articular de mejor modo las decisiones del Tribunal Constitucional con las de la Corte Suprema en el ámbito de la tutela de los derechos fundamentales? Si se analiza la solución italiana, sorprende el alto grado de aprobación que tiene la práctica del “diálogo” entre las dos cortes; es decir, esa tutela compartida de la Constitución y de la ley realizada por la Corte Constitucional y la Corte de Casación. Entonces, una primera respuesta sería acercarnos a la solución italiana que se ha descrito páginas atrás. Sin embargo, ello no va a ser completamente posible, dado que en Chile tenemos dos problemas adicionales que no tiene el derecho italiano. Me refiero, en primer lugar, a los procedimientos de tutela directa y urgente de los derechos fundamentales, con especial incidencia del recurso de protección. En segundo lugar, y ya de un modo más marginal, la nulidad de derecho público. Ambos procedimientos son de competencia de los tribunales ordinarios.

El análisis se puede centrar en el recurso de protección, ya que es la vía procesal que desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo comporta un verdadero incordio para nuestra justicia constitucional.⁴⁴ El problema del recurso de protección apunta a su propia naturaleza, a como conoce la Corte Suprema de las apelaciones contra las sentencias de protección que dictan las cortes de apelaciones, y a su estructura procedimental. Sobre esos tres puntos me referiré más adelante.

Antes de referirme a los problemas del recurso de protección chileno señalaré que no me cabe duda que los italianos han llegado a un cierto grado de consenso en su justicia constitucional debido a que, entre otras razones, no tienen procedimientos de tutela urgente y directa de los derechos fundamentales.⁴⁵ En Italia son los jueces ordinarios, especialmente civiles y administrativos,⁴⁶ los que mediante aplicación de la legislación ordinaria tutelan los derechos fundamentales. En algunos casos se utilizan medidas cautelares anticipatorias urgentes para obtener la tutela de esos derechos,⁴⁷ y en otros casos bastarán las vías normales. Se parte de la premisa de que

⁴⁴ Para un estudio del impacto en el sistema judicial que tiene el recurso de protección remito al trabajo de Gómez, G., *Derechos fundamentales y recurso de amparo*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2005, *passim*.

⁴⁵ Crivelli, E., *La tutela dei diritti fondamentali e l'accesso alla giustizia costituzionale*, cit., p. 16.

⁴⁶ Un análisis crítico sobre la efectividad de la tutela procesal civil y administrativa como vías de satisfacción de los derechos fundamentales en Italia puede verse en Ricci, G. F., *Principi di diritto processuale generale*, 3a. ed., Turín, Giappichelli, 2001, pp. 16 y 17.

⁴⁷ Tommaseo, F., *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padua, Cedam, 1983, *passim*.

es el legislador quien desarrolla y da vigencia a los derechos fundamentales por medio de la ley. Los jueces ordinarios aplican esas leyes al caso concreto. Y, en definitiva, el respeto de la correcta aplicación e interpretación de esas leyes será verificada por la Corte de Casación. Ése es el camino para dar tutela a los derechos fundamentales en Italia. Una tutela mediatisada principalmente por el legislador y por los procesos y jueces ordinarios.

La situación es bien diferente en el derecho chileno. Como se adelantaba, el recurso de protección genera al menos una triple disfuncionalidad en el sistema de justicia constitucional. La primera está dada por el hecho de que las sentencias dictadas en los recursos de protección conllevan la formulación de una regla secundaria de derecho constitucional al mismo nivel que las que puede generar una sentencia del Tribunal Constitucional.⁴⁸ Esto significa que la configuración de los derechos fundamentales es realizada tanto por el Tribunal Constitucional como por la judicatura ordinaria. Así, es imposible que se pueda contribuir a la unidad interpretativa de la Constitución.

La segunda disfuncionalidad está dada por el hecho de que la Corte Suprema, que es el tribunal que tiene la última palabra en los recursos de protección, conoce de las apelaciones que se deducen contra los fallos de protección dividida en salas, las que se distribuyen los recursos de acuerdo con las regiones del país de donde provienen. Este criterio de reparto de trabajo ha generado en muchas oportunidades que temas análogos sean resueltos de un modo dispar.⁴⁹

La tercera disfuncionalidad del recurso de protección está en su propia estructura procesal. Según la mayoría de la doctrina nacional,⁵⁰ el procedimiento de protección es una actuación jurisdiccional no contradictoria, por lo que no hay propiamente un periodo de discusión ni término probatorio alguno. Esto quiere decir que la sentencia que declara el derecho fundamental,⁵¹ y que, por tanto, crea una regla secundaria de

⁴⁸ Sobre este aspecto remito a Aldunate, E., “Interpretación constitucional y decisión política”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, XV (1993-1994), p. 58.

⁴⁹ Romero, A.. *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del derecho. Una perspectiva procesal*, cit., p. 96.

⁵⁰ Por todos, Tavolari, R., “La orden de no innovar en el recurso de protección”, *Justicia*, 92, núm. 1, p. 713.

⁵¹ Ya me he referido antes a que las sentencias recaídas en recursos de protección, la mayoría de las veces declaran el sentido y límites del derecho fundamental por el que se pide protección, no teniendo un fin meramente cautelar de mantener un *statu quo*.

derecho constitucional, se habrá dictado en un procedimiento urgente sin contradictorio, sin derecho de defensa del recurrido y sin el derecho de aportar las pruebas al proceso. Si así es como opera el recurso de protección, estoy de acuerdo con Gastón Gómez⁵² cuando expresa que carece de sentido pensar en una dogmática de los derechos fundamentales en el derecho chileno vía recurso de protección.

Para seguir en Chile el modelo italiano de diálogo entre las dos cortes, la articulación entre los dos órdenes jurisdiccionales tendría que ser mucho más profunda. No bastaría ya que el Tribunal Constitucional adopte una posición de *self restraint* respecto la Corte Suprema, para que sea ésta la que tuviera la primera palabra en la interpretación de la ley, sino que esa actitud de autocontención debería avanzar un paso más, y permitir que la configuración interpretativa de los derechos fundamentales sea dada primeramente por la judicatura ordinaria, la que formaría el “derecho vivo” respecto al contenido y límites de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional, conociendo de una cuestión de constitucionalidad, ya sea en vía preventiva o represiva, estaría a la interpretación que sobre los derechos fundamentales haya dado el orden jurisdiccional ordinario, y donde no se haya formado ese “derecho vivo” entraría a configurar y delimitar los derechos fundamentales. Sin embargo, para poder formar ese “derecho vivo” se hace indispensable que la Corte Suprema no conozca de las apelaciones de los recursos de protección atendiendo al criterio regional. Asimismo, se requiere que el recurso de protección sea regulado como un procedimiento que respete al menos en sus aspectos más elementales la garantía de un debido proceso.

Otra alternativa posible, siempre inspirada en la situación italiana, es que el retraimiento sea mutuo. Es decir, el Tribunal Constitucional debería tener una especial deferencia hacia la Corte Suprema con motivo de las sentencias interpretativas, y la Corte Suprema hacia el Tribunal Constitucional con ocasión de las interpretaciones sobre los derechos fundamentales que haya realizado éste. De este modo, sin pretender atribuir exclusividad para conocer de las cuestiones de constitucionalidad al Tribunal Constitucional y a la Corte Suprema en materia de legalidad, es decir, sin pretender la ilusoria separación tajante entre cuestiones de constitucionalidad y de mera legalidad, sí tendrían una situación de preva-

⁵² Gómez, G., *Derechos fundamentales y recurso de amparo*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2005.

lencia sobre el otro órgano en cada una de las esferas del ordenamiento jurídico, conformando cada uno el “derecho vivo” en sus respectivas esferas.

Un elemento indispensable para crear una verdadera dogmática de los derechos fundamentales en el derecho chileno consiste en que los recursos de protección se transformen en procedimientos que respeten las exigencias de un debido proceso. En particular, que se garantice adecuadamente el derecho de defensa del recurrido, y el derecho de aportar los medios probatorios de ambas partes.⁵³ La declaración en torno a un derecho fundamental y su vulneración debe ser el resultado de un proceso que articule un contradictorio donde el titular del derecho y el sujeto recurrido que supuestamente lo ha vulnerado puedan presentar claramente su pretensión y su resistencia, así como los medios de prueba con los que fundan sus posiciones. Todo ello requiere del andar pausado del proceso, único modo de hacer justicia según derecho, no según la suerte de los dados o como lo disponga el Cadi. Otra cosa es que dentro del proceso de protección se puedan disponer las medidas cautelares que correspondan para asegurar la efectividad de la tutela del derecho fundamental objeto del socorro jurisdiccional.

Ahora bien, en aras de una mayor seguridad jurídica y de un mejor andar de la justicia en general, la situación podría quizá mejorar si nos acercáramos más al modelo italiano, entregando a los jueces de base la tutela de los derechos fundamentales, o sea, al juez civil, laboral o al administrativo de primera instancia. En este caso, mediante los procedimientos ordinarios se daría tutela a los derechos fundamentales. Cuando realmente existiera urgencia justificada por un *periculum in mora* se deberían regular en las leyes procesales civiles, laborales y administrativas las medidas cautelares que permitan que esos derechos obtengan una tutela de que se pueda predicar efectividad.

Creo que bajo estas condiciones podríamos lograr una mayor seguridad jurídica e igualdad en la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Se podría auspiciar un diálogo entre los dos órdenes jurisdiccionales, como en Italia, pero acompañado de profundas modificaciones al sistema de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales.

⁵³ Estas ideas las he desarrollado más ampliamante en otros trabajos a los cuales remito: *Temas de derecho procesal constitucional*, Santiago de Chile, Editorial Fallos del Mes, 2003, pp. 120 y ss.; “El debido proceso civil”, en Ferrada, J. C. (coord.), *La constitucionalización del derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Universidad Austral de Chile.

III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO CORTE DE CASACIÓN: EL AMPARO CONSTITUCIONAL

Frente al modelo italiano de justicia constitucional que se ha analizado precedentemente, donde la Corte Constitucional no figura como la máxima intérprete de la Constitución y de los derechos fundamentales, sin que tenga por lo demás reconocida la capacidad para imponer sus fallos a la judicatura ordinaria, existen otros modelos de justicia constitucional donde el Tribunal Constitucional sí aparece facultado para imponer en definitiva su decisión a la judicatura ordinaria y a los demás poderes públicos. Se trata de los modelos alemán y español, donde sus tribunales constitucionales son verdaderos tribunales de casación, en este caso con capacidad para anular sentencias judiciales de los jueces ordinarios que vulneren los derechos fundamentales. Esta casación de carácter constitucional es conocida con el nombre de amparo constitucional.

En el caso español, el amparo constitucional funciona como una casación cuando se impugnan sentencias judiciales que violan los derechos fundamentales de los justiciables. Es casación porque la pretensión que se deduce ante el Tribunal Constitucional no es la misma que se dedujo ante los jueces ordinarios.⁵⁴ Mediante el amparo, una vez agotadas todas las vías jurisdiccionales originarias, se impugna directamente la decisión del último órgano judicial que la pronuncia, que corresponderá generalmente al tribunal supremo.⁵⁵ La violación del tribunal supremo no es, obviamente, sobre cualquier derecho fundamental, sino sobre el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24, CE),⁵⁶ o el derecho a la igualdad (artículo 14, CE). Así, ante los jueces ordinarios se puede invocar la tutela de otros derechos fundamentales (derecho al honor, a la libre expresión, etcétera), pero si esos jueces no satisfacen la pretensión de tutela de los mismos, la invocación de la lesión ante el Tribunal Constitucional se efectúa vía vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que

⁵⁴ Pérez Tremps, P., *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, cit., p. 222.

⁵⁵ Jiménez Campo, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 109.

⁵⁶ La mayoría de los recursos de amparo deducidos ante el Tribunal Constitucional han invocado como derechos vulnerados los del artículo 24, CE. Así, tomando como dato el año 1999, la invocación del artículo 24, CE, como derecho vulnerado y objeto del amparo, correspondía a un 80%. Cf. Aragón, M., “Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo”, en Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., Mexico, 2003, t. III, pp. 1975 y 1976.

ese juez ordinario no dio tutela al derecho del particular que solicita el amparo (en el ejemplo, a ese derecho al honor o a la libre expresión).⁵⁷

De este modo, el tribunal constitucional se transforma en un tribunal de casación, en un tribunal supremo, puesto que está facultado para anular una resolución judicial impeditiva del ejercicio de un derecho fundamental. Se trata el amparo de una casación especial circunscrita a examinar la aplicación e interpretación que los tribunales ordinarios han realizado de las normas constitucionales reguladoras de los derechos fundamentales. Una casación no ya en defensa de la legalidad ordinaria, sino de la Constitución.⁵⁸

Una de las principales razones esgrimidas por la doctrina española⁵⁹ para justificar el procedimiento de amparo constitucional, es que sólo a través de él puede realizarse la labor de concreción de los derechos fundamentales y la unificación de la doctrina sobre ellos. Mediante él, el Tribunal Constitucional se transforma en el supremo intérprete de los derechos fundamentales, resaltando el aspecto objetivo junto al aspecto subjetivo del recurso.

El recuso de amparo constitucional, junto a los otros procesos constitucionales de que conoce el Tribunal Constitucional, aseguran la unidad en la interpretación de la Constitución dada por un solo órgano: Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la Constitución española.

De este modo, desde el punto de vista de la seguridad jurídica y de la igualdad de los ciudadanos ante la Constitución, la idea de hacer del Tribunal Constitucional el verdadero tribunal supremo de un ordenamiento jurídico vía el amparo constitucional, se ve como la mejor opción. Así, se puede concluir que la solución de la justicia constitucional española contribuye de mejor modo que la italiana a la unidad en la interpretación configurativa de los derechos fundamentales. Sin embargo, como veremos, todo ello se logra a costa de saturar y sobrecargar el funcionamiento del Tribunal Constitucional,⁶⁰ el que no es capaz de dar respuestas a los ciudadanos dentro de un plazo razonable.

⁵⁷ Gimeno Sendra, V., Garberi, J., *Los procesos de amparo constitucional*, Madrid, Colex, 1994, p. 43.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 153 y 154.

⁵⁹ Por todos *vid.* Aragón, M., “Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo”, *cit.*, pp. 1970 y 1971.

⁶⁰ Cascajo, J. L. y Gimeno Sendra, V., *El recurso de amparo*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1992, p. 69.

En los últimos años la doctrina española ha debatido intensamente sobre el futuro del amparo constitucional. Son pocas las voces que abogan por eliminarlo.⁶¹ La mayoría de la doctrina española está por reformar al amparo.

Entre las propuestas reformuladoras del amparo constitucional destacan aquellas que piden excluir de él los derechos de contenido procesal;⁶² en otros casos se señala que los derechos de contenido procesal deben ser objeto del amparo constitucional, pero para ello se los debe delimitar y acotar debidamente;⁶³ también se aboga por potenciar la dimensión objetiva antes que la subjetiva del amparo;⁶⁴ finalmente, algunos son partidarios de que el amparo no proceda contra actos del Poder Judicial, sino fundamentalmente contra leyes.⁶⁵

Cualquiera que sea la reforma que se lleve a efecto en este punto, deberá a mi juicio procurar dos objetivos centrales: permitir, por una parte, la unificación en la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y, de otro lado, tutelar los derechos fundamentales —todos— sin que ello importe saturar de trabajo al Tribunal Constitucional.

Sin pretender agotar el tema en esta sede, señalaré que la alternativa de excluir del amparo los derechos de contenido procesal significará en

⁶¹ El profesor Lorenzo Martín Retortillo fue uno de los más férreos opositores en orden a introducir en la Constitución de 1978 el amparo de derechos fundamentales, ya que según él produciría la obturación del funcionamiento del Tribunal Constitucional recargando indebidamente su trabajo, haciéndolo en definitiva ineficaz. Los derechos fundamentales, decía el mismo autor, debían ser tutelados por la justicia ordinaria. *Cfr. Diario de Sesiones del Senado*, del 30 de agosto de 1978, en *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, Publicaciones de las Cortes Generales, 1980, vol. III, p. 2113.

⁶² Ésta fue la propuesta del presidente del Tribunal Supremo español y del Consejo General del Poder Judicial, Sala Sánchez, en el discurso de apertura del año judicial de 1994. Véase Martín, J. A., *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 136. También en De la Oliva, A. y Díez-Picazo, I., *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 61 y ss.

⁶³ Canosa, R., “Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: una cuestión abierta”, *Ius et Praxis*, año 4, núm. 1, Talca, Chile, 1998 (“Corte Suprema y Tribunal Constitucional: competencias y relaciones”), p. 30.

⁶⁴ Canosa, R., *op. cit.*, p. 30; Aragón, M., “Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo”, *cit.*, p. 1986.

⁶⁵ Jiménez Campo, J., *Derechos fundamentales. Conceptos y garantías*, *cit.*, pp. 118 y ss.; Blasco, C., “El recurso de amparo contra leyes en España”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XII, agosto de 2001 (“Justicia constitucional”), *passim*.

la práctica hacer una división entre derechos fundamentales de “primera categoría”, que podrían tener amparo ante el Tribunal Constitucional, y derechos fundamentales de “segunda categoría”, los que tendrían amparo sólo ante los tribunales de justicia ordinarios. Por otra parte, no se permitiría unificar la doctrina sobre los derechos fundamentales en manos del Tribunal Constitucional.

La alternativa de potenciar la dimensión objetiva del recurso de amparo constitucional, facultando al Tribunal Constitucional, al estilo de la Corte Suprema estadounidense, para seleccionar los casos más relevantes que tengan un impacto general sobre el sistema, tiene los mismos defectos indicados precedentemente. En efecto, la selección de casos por el Tribunal Constitucional determinará dar tutela a unos, y no a otros derechos, generando desigualdades que no siempre tienen una justificación razonable. Por otra parte, tampoco se permitirá unificar la doctrina sobre todos los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional.

Las alternativas, por tanto, que parecen más sensatas son la de precisar el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24, CE) y el amparo contra leyes. En cuanto a la primera alternativa, si se ha de entender que será objeto de amparo el derecho a la tutela judicial efectiva por no haber dado los tribunales ordinarios la tutela solicitada por el titular de un derecho fundamental determinado (*v. gr.* la honra), es claro que el Tribunal Constitucional se transforma necesariamente en un súper tribunal de casación, al que le llegará toda causa judicial donde el titular de un derecho fundamental no haya quedado conforme con la negativa dada por el tribunal *a quo*. No hay ni habrá de este modo tribunal constitucional alguno que sea capaz de administrar en tiempo el total de demandas de amparo que llegan con esta concepción del derecho a la tutela judicial efectiva.

Una propuesta para la mejor comprensión de los derechos de contenido procesal consiste en señalar que el derecho a la tutela judicial efectiva consiste en la facultad de toda persona para deducir demandas frente al órgano jurisdiccional y el derecho a obtener una respuesta según derecho de dicho órgano con relación a esa demanda, que puede ser de inadmisión si no se cumple con todos los presupuestos procesales, o sobre el fondo en el caso que concurran los mismos. A su vez, el derecho a un debido proceso consiste en un metaderecho, que tiene por fin garantizar principalmente la imparcialidad del tribunal y el derecho de defensa con

todas las garantías, entre otros aspectos.⁶⁶ Quiero decir con esto que el artículo 24, CE, consagra dos derechos diferentes: el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1, CE) y el derecho a un debido proceso (artículo 24.2, CE).⁶⁷ Ambos derechos tienen finalidades y contenidos diversos.

Ahora bien, aun cuando se precise de mejor modo el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, es preciso reconocer que así toda resolución judicial puede ser recurrida en amparo. No hay forma de impedir que un justiciable reclame porque la jurisdicción ordinaria le ha violado su derecho a la tutela judicial efectiva o su derecho al debido proceso. Otra cosa es que en la sentencia de amparo se rechace la pretensión, pero igualmente comportará un excesivo trabajo para el Tribunal Constitucional. Parece entonces que la clave estará dada por una etapa de admisibilidad de la demanda de amparo, cuestión que tampoco garantiza celeridad en la tramitación ante el Tribunal Constitucional.⁶⁸

Respecto a la alternativa de reducir el amparo sólo contra las leyes que vulneren los derechos fundamentales y que haya de aplicarse en un proceso en curso, y ya no contra sentencias judiciales, hay que decir que ellas representan el peligro de dejar sin tutela las violaciones de los derechos fundamentales a la tutela judicial y al debido proceso que provengan de los tribunales de justicia. Por otra parte, dejaría sin posibilidades de amparo respecto de las denominadas leyes autoaplicativas,⁶⁹ que no son posibles de cuestionar en un proceso en curso. Una vez analizadas todas las alternativas anteriores, tampoco hay que descartar el reemplazo del amparo constitucional de derechos fundamentales por una casación ante el Tribunal Constitucional. Se podría idear no una casación por violación de la Constitución, que daría lugar a miles de recursos al año y, por tanto, sobrecargaríamos innecesariamente al Tribunal, sino quizá un recurso de

⁶⁶ Sobre estos extremos del derecho a la tutela judicial y al debido proceso remito a mi trabajo “El debido proceso civil”, *La constitucionalización del derecho chileno*, cit., pp. 254-258.

⁶⁷ Sigo en esto fundamentalmente la tesis de Ernesto Pedraz Penalva. Véase *Derecho procesal*, Madrid, Colex, 2000, t. I, pp. 21-41. En un sentido similar, aunque dando al derecho a la tutela judicial efectiva un contenido más amplio, véase Pico i Junoy, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 40.

⁶⁸ Gimeno Sendra, V. y Garberi, J., *Los procesos de amparo ordinario, constitucional e internacional*, cit., p. 209.

⁶⁹ Blasco, C., “El recurso de amparo contra las leyes”, cit., p. 166.

casación en caso de violación de la doctrina del Tribunal Constitucional; un “recurso de casación para la unificación de la doctrina constitucional”, como existe en sede procesal laboral en España.⁷⁰ En este caso, el Tribunal Constitucional estaría facultado para anular las sentencias de la judicatura ordinaria (del Tribunal Supremo, fundamentalmente) que violen su doctrina en materia de derechos fundamentales y de la parte orgánica de la Constitución.

Es que quizá el Estado constitucional de derecho, en un análisis más general aplicable al derecho español como al chileno, nos está exigiendo regular de otro modo la casación, considerando la *nomofilaxis* de la Constitución. Como dice Cruz Villalón,⁷¹ de otro modo el ordenamiento jurídico corre el riesgo de perder el mínimo de unidad y coherencia que son imprescindibles. En todo caso, agrega, “el recurso de amparo constitucional no fue concebido para poner remedio a una situación de este tipo”⁷².

IV. CONCLUSIONES

La incorporación de un tribunal constitucional al margen de la judicatura ordinaria ha generado históricamente serios problemas de coordinación entre las actividades de ambos órdenes jurisdiccionales. La situación más grave se dio en Italia en la década de los sesenta del siglo pasado, situación que fue conocida como la “guerra entre las dos cortes”. Sin que se pueda hablar de “guerra”, en otros países europeos también se han dado problemas entre ambas jurisdicciones. Lo mismo ha sucedido en Chile, y es previsible que los conflictos entre cortes puedan aumentar debido a las nuevas competencias que la reforma constitucional de agosto de 2005 le ha dado al Tribunal Constitucional, especialmente por el poder para desaplicar y anular leyes vigentes. Esos conflictos tienen como consecuencia la generación de incertidumbre jurídica y un trato desigual de los ciudadanos ante la Constitución y las leyes. La consideración de esos valores debe constituir un imperativo para los cultivadores del derecho en orden a lograr más coordinación entre ambos órdenes jurisdiccionales. En la presente investigación se analizaron dos propuestas que apun-

⁷⁰ Guzmán Fluja, V., *El recurso de casación azil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 36.

⁷¹ Cruz Villalón, P., *La curiosidad del jurista peisa y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999, p. 510.

⁷² *Idem*.

tan hacia esa dirección, para ver qué modelo puede seguir el derecho chileno. En primer lugar se analizó la práctica actual que se han dado en la Corte Constitucional y en la Corte de Casación italianas, práctica que se puede denominar de “diálogo entre las cortes”. La situación italiana vigente debe ser valorada como una buena alternativa para evitar roces y decisiones contradictorias entre ambas jurisdicciones. Sin embargo, en la medida en que no hay una única Corte central que dice cuál es el derecho constitucional y la ley vigente, no es la solución óptima desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Si tiene la enorme ventaja de no sobrecargar a la Corte Constitucional de demandas de amparo que, como lo demuestra la experiencia española analizada en el trabajo, no estará en grado de dar respuestas en tiempo oportuno, deslegitimando por completo su accionar.

El trasplante de la práctica italiana al derecho chileno no es del todo posible. A diferencia de Italia, los tribunales ordinarios chilenos conocen de procedimientos de tutela directa y urgente de los derechos fundamentales. El principal procedimiento de este tipo es el recurso de protección. Mediante él, la judicatura ordinaria declara el derecho constitucional en un procedimiento urgente no contradictorio. Por ello el diálogo entre las cortes debería ser más intenso que en Italia. Así, el Tribunal Constitucional chileno debería practicar un más alto nivel de autocontención, ya que se puede pensar que el “derecho vivo” en materia de derechos fundamentales lo daría la judicatura ordinaria y no la constitucional. Otra alternativa posible es que ese “derecho vivo” lo forme el Tribunal Constitucional y no la Corte Suprema. A esta última le correspondería la *nomofilaxis* en materia de ley.

Cualquiera que sea la alternativa que se siga, ello supone modificar el procedimiento de protección de modo de respetar las garantías de un debido proceso. Por otro lado, se requiere que la Corte Suprema conozca de las apelaciones de protección en una única sala, no según criterios de procedencia regional.

El segundo modelo analizado fue el del recurso de amparo español, instrumento procesal que garantiza de mejor modo que el sistema ideado en Italia los valores de certeza jurídica e igualdad ante la Constitución. Sin embargo, tiene el serio problema de convertir al Tribunal Constitucional en un súper tribunal de casación en materia de derechos fundamentales, lo que ha generado un exceso de trabajo que no ha podido abordar razonablemente, restándole legitimidad al accionar del tribunal.

La doctrina española se encuentra desde hace varios años buscando modificaciones al recuso de amparo constitucional que lo hagan viable. Las propuestas son muchas, pero ninguna completamente satisfactoria. Una alternativa a explorar para introducir al derecho chileno, como sustituto del amparo constitucional del tipo español, es la creación de una casación para la unificación de la doctrina constitucional, recurso que operaría tanto respecto de la parte dogmática como orgánica de la Constitución. Éste tendría la ventaja que permitiría asegurar la uniformidad en la interpretación de la Constitución, pero sin sobrecargar de trabajo al Tribunal Constitucional. Quizá sea ello lo que nos está exigiendo hace mucho tiempo el Estado constitucional de derecho.