

Inconstitucionalidad por omisión del legislador¹

Sergio Verdugo Ramírez

PROFESOR FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El autor aborda el problema de la inconstitucionalidad por omisión del legislador examinando las posibilidades de solución con la normativa constitucional actual, haciendo referencias al derecho comparado y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ante la poca esperanza de una reforma constitucional, propone utilizar el mecanismo de integración del vacío o laguna legal por parte de la justicia ordinaria como una respuesta para casos particulares.

I. Introducción

La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, por lo que la subordinación de las potestades normativas a ella es indispensable. El principio de supremacía constitucional requiere para su aplicación de la existencia de distintos sistemas de control normativo que aseguren su respeto, sancionando o impidiendo la proliferación de normas inconstitucionales. El problema se suscita porque la inconstitucionalidad no sólo puede tener lugar por una acción normativa, sino que también por una abstención de la potestad encargada de desarrollar y complementar los preceptos constitucionales. En este sentido, si un precepto de la Constitución encarga al legislador la confección de preceptos que ejecuten y pongan en movimiento el contenido de la Carta Fundamental, y este no actúa, entonces nos encontramos en presencia de una inconstitucionalidad por omisión, siempre y cuando consideremos que el legislador tiene el deber constitucional de legislar.

Es diferente del mero señalamiento de las materias de ley del Art. 63, de la Carta Fundamental, que constituyen facultades que el legislador puede o no ejercer,

¹ Agradezco a la Ministra del Tribunal Constitucional (TC) profesora Marisol Peña, por su valiosa orientación en la confección de este trabajo. Asimismo, agradezco los comentarios de los profesores José Manuel Díaz de Valdés, José Francisco García y Camila Boettinger.

de acuerdo con su autonomía. La omisión sólo puede originarse si existe un deber, y este deber es posible de apreciar en la Constitución. Existen, a mi juicio, deberes de legislar en la Carta, cuando hay mandatos constitucionales específicos y vinculantes para que el legislador actúe.² Así, puede darse la posibilidad de que exista un imperativo constitucional de hacer que ha quedado sin ejecución por la abstención del legislador.³ Este mandato de legislar puede darse, a mi modo de ver, en dos circunstancias: por una parte, cuando la Constitución lo ordena directamente, como por ejemplo, al determinar la creación de una ley orgánica constitucional o encargar al legislador común que regule un aspecto específico. Este deber puede deducirse de varias normas constitucionales. Una de las más importantes es, a mi modo de ver, la del Art. 63, N° 2, que dispone que sólo son materias de ley “Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley”, precepto que debe relacionarse con todas las disposiciones que contienen mandatos específicos de legislar. Por otra parte, también habrá un deber cuando el legislador decide autónoma y espontáneamente legislar en ciertas materias que contienen imperativos regulatorios. La decisión de legislar es del legislador, pero dando cumplimiento a ciertos contenidos que la Carta Fundamental ordena promover. En esta materia, deben recordarse las normas constitucionales que ordenan a los órganos del Estado respetar y promover los derechos de las personas (como ocurre con los Arts. 1°, 5° y 19), especialmente en materia de derechos de contenido social, prestacionales, o de segunda generación. Lo anterior trae consecuencias importantes, por cuanto el legislador es un órgano del Estado que debe someter su acción a la Constitución.

Si el legislador incumple su deber de legislar en los casos en que es posible apreciar la existencia de este deber, entonces hay una omisión. La omisión puede ser total, cuando el legislador no legisla en lo absoluto, como ocurre con la inactividad del legislador en relación a no dictar la norma complementaria del Art. 121 de la Constitución. Dicha disposición faculta a las municipalidades para crear o suprimir empleos, fijar remuneraciones y “establecer los órganos o

² En palabras del profesor Silva Bascuñán, “Hay en tales situaciones no sólo autorización, sino mandato específico destinado a completar la preceptiva constitucional (...)”. SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2000), t. VII, p. 25.

³ Por supuesto, no es sólo el legislador el que puede infringir la Constitución, sino cualquier potestad remitida o incluso los particulares si la Constitución los requiere imperativamente, como ocurre con la obligación de los colegios profesionales de ejercer la tuición ética sobre sus miembros (Art. 19, N° 16, de la Carta Fundamental), o de los tribunales de justicia de ejercer su jurisdicción (Art. 76). No obstante, este trabajo sólo tratará el incumplimiento del legislador. Por el mandato del Art. 1°, y del Art. 5°, inc. 2°, de la Constitución, el Estado tiene el deber de respetar y promover los derechos fundamentales (entre otros muchos deberes), inspirado en el principio de la primacía de la persona. Este mandato va mucho más allá del legislador, ya que está dirigido al Estado en su conjunto (todos sus órganos y funciones). No obstante, si se armoniza con el principio de reserva legal en la regulación de los mismos, es posible advertir que si el legislador deja de promover derechos, estaría incurriendo en una omisión inconstitucional. Esta materia, que para el autor despierta mucho interés, no será tratada en particular en este trabajo.

unidades que la ley orgánica constitucional respectiva permita". Dicha facultad se encuentra subordinada a la dictación de la ley que corresponde a la función legislativa, por mandato expreso de la disposición décima transitoria, la que utiliza la voz "cuando se regulen en la ley".⁴ Si dicha ley no ha sido dictada, entonces resulta evidente que un mandato constitucional queda sin aplicación.⁵⁻⁶ Este tipo de omisión, como puede apreciarse, puede generar la existencia de una norma constitucional programática incumplida.⁷⁻⁸

Por otra parte, la omisión del legislador también puede ser parcial, esto es, el caso en que el legislador actúa de manera incompleta, sin satisfacer los imperativos constitucionales, como ocurre cuando dicta las normas procesales sin respetar todas las garantías del debido proceso.

⁴ A mayor abundamiento, la Ley N° 20.198, que modifica las normas sobre remuneración de los funcionarios municipales, reconoce expresamente la existencia de la norma constitucional incumplida, al disponer que la norma modificada sólo tendrá aplicación "hasta la entrada en vigencia de la regulación del artículo 121 de la Constitución Política de la República".

⁵ No obstante, debe hacerse presente que el proyecto de ley que pone en movimiento la norma constitucional se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional. Véase el Boletín N° 3768-06, iniciado en mensaje del Presidente de la República con fecha 15 de diciembre de 2004. De especial importancia resultan las indicaciones sustitutivas presentadas por el Ejecutivo el 27 de mayo de 2008.

⁶ Otro ejemplo es el del procedimiento del recurso de protección de las garantías constitucionales que complementa el Art. 20, de la Carta Fundamental. Dicho procedimiento no existe en una ley, sino en un auto acordado de la Exma. Corte Suprema de dudosa constitucionalidad. Se trata de una materia de reserva legal en virtud del Art. 7° y el Art. 19, N° 3, de la Constitución, y el legislador ha omitido pronunciarse respecto a ello. No obstante, se reconoce la inercia inconstitucional por cuanto existe un proyecto de ley que persigue salvar dicha situación. En la moción que origina dicho proyecto se dispone que este "pretende llenar un vacío jurídico de la mayor relevancia, permitiendo con su aprobación la existencia de un ordenamiento jurídico en materia de protección de los derechos fundamentales (...)". Moción del proyecto de ley citado, véase en <http://sil.senado.cl/docsil/proy3097.doc>

⁷ La que se traduce en aquel precepto constitucional que contiene un mandato que no es obedecido dejando a la norma superior sin aplicación debido al silencio de la autoridad llamada a complementarla y ejecutarla. Esta materia no es nueva en Chile. En efecto, bajo la Constitución de 1925 se presentaron varios casos que son citados por el profesor Jorge M. Quinzio F. Dicho autor conceptualiza las normas programáticas incumplidas señalando que son aquellas "que para su cumplimiento están condicionadas a la dictación de las leyes reglamentarias correspondientes". Y pone como ejemplos distintos preceptos de la primitiva Constitución chilena que constituyen casos de omisión parcial y total. Así, por ejemplo, cita la norma que obliga a propender a la división de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar (primitivo Art. 10, N° 14, inc. 2°); la indemnización por error judicial "en la forma que determine la ley" (primitivo Art. 20); la constitución de los Tribunales Administrativos, en que "su organización y atribuciones son materia de ley" (primitivo Art. 87); las Asambleas Provinciales, "en la forma que ...", "las leyes confiarán paulatinamente a los organismos ..." (primitivos Arts. 94 y 107). QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario (1969) pp. 60-63.

⁸ Por otra parte, la inconstitucionalidad por omisión también ha sido conceptualizada como aquella "falta de desarrollo por parte de los poderes públicos con potestad normativa, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas cláusulas constitucionales que requieren de un desarrollo normativo ulterior para gozar de eficacia." OROZCO S., Víctor, PATIÑO C., Silvia, pp. 2-3. Los autores citados señalan que la inconstitucionalidad por omisión sólo es posible respecto a aquellas normas constitucionales "incompletas", esto es, condicionada a un desarrollo posterior por normas de inferior jerarquía. Este tipo de normas se opone a las denominadas "autoaplicativas" (p. 3). Interesante resulta la diferencia que realizan entre los mandatos y los permisos constitucionales. Sólo son obligatorios los mandatos, por cuanto los otros dependen del "albur" de los poderes del Estado (p. 4).

Existen opiniones contrarias, por las cuales hay mandatos que no constituyen obligaciones positivas que puedan conducir a una omisión ilícita, al no existir un imperativo específico para legislar.⁹ En realidad, la inconstitucionalidad se daría cuando, existiendo una ley, esta es contraria a los preceptos constitucionales. Estimo que esta posición no puede ser acogida en nuestro sistema constitucional, por cuanto se admite la inactividad ilícita del legislador, como demostraré.¹⁰

Bajo la Carta de 1925, se entendió que si la Constitución se remitía a la ley, y dicha norma legal no cumplía el mandato constitucional, entonces la aplicación de la norma constitucional no podía tener lugar.¹¹ Dicha tesis encuentra un difícil asidero bajo los principios que recoge la Carta de 1980, por cuanto se dispone su aplicación directa.¹² Así, la existencia de una ley no obsta ni puede constituir una barrera a la fuerza normativa de la Constitución, debido al prin-

⁹ Hay autores que señalan que para que la inconstitucionalidad por omisión pueda producirse se requiere de la existencia expresa de una obligación constitucional de hacer excluyendo del incumplimiento los mandatos abstractos que no pueden ser vinculantes al legislador. Tal es el caso citado por el autor uruguayo Martín Riso Ferrand, quien pone como ejemplo no imperativo para el legislador el deber general de promover condiciones de libertad e igualdad (RISO FERRAND, Martín, pp. 12 y 34). Para el autor, dicha norma programática produce un efecto limitado. Por una parte no es exigible al legislador, pero por la otra implica la existencia de un elemento de interpretación normativo del orden jurídico, la derogación de aquella legislación anterior, la declaración de inconstitucionalidad activa de un precepto que la vulnera (no por omisión), y la responsabilidad civil que podría nacer para la autoridad respectiva. El autor también prevé la existencia de un mecanismo de integración de los vacíos legales, los que procederán cuando corresponda.

¹⁰ No sólo a nivel constitucional es factible encontrar normas incumplidas por la omisión del obligado a ponerlas en movimiento, sino que también a nivel de normas inferiores. Así ocurrirá, por ejemplo, si una ley remite su contenido complementario a un reglamento, y este no es dictado por el Presidente de la República o la autoridad competente. En el caso que pongo como ejemplo, la autoridad administrativa tiene la obligación de poner en movimiento la norma mediante las disposiciones complementarias, e infringe dicha obligación por la omisión. Se trata de la infracción a la obligación de hacer una norma complementaria.

Lo anterior también ocurre con ocasión de las disposiciones de un tratado internacional. En esta materia, el Tribunal Constitucional (TC) ha señalado que no hay inconstitucionalidad de un precepto programático incumplido en sí mismo, debido a que la propia norma puede subordinar su aplicación a la dictación de una disposición complementaria. Así, el TC ha acogido la constitucionalidad de normas que no se bastan a sí mismas, como ocurre con las que contienen cláusulas internacionales "*non self executing*". "(...) son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las hagan aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva. Pueden existir tratados que sólo contengan cláusulas autoejecutables y otros que sólo contengan no ejecutables, como puede un mismo tratado contener unas y otras." TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 309, 4 de agosto de 2000, considerando N° 48.

¹¹ Como constata la profesora Luz Bulnes "nuestra doctrina no fue unánime en esta materia, y consideraba a la Norma Constitucional como meramente programática mientras no se dictara la ley complementaria (...). Han desaparecido las antiguas polémicas suscitadas bajo la Constitución de 1925 (...)" BULNES ALDUNATE (1998), pp. 139-140.

¹² El principio de vinculación directa consiste en "la sujeción de las personas, grupos, organismos, autoridades y poderes públicos a la Constitución". VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1999) t. I, p. 132.

cipio de eficacia directa dispuesto en el Art. 6º, inc. 2º, del texto constitucional vigente.¹³⁻¹⁴⁻¹⁵

Una clasificación diferente de la omisión legislativa la encontramos en otro trabajo de Luz Bulnes A., en el cual distingue la omisión absoluta de la omisión relativa.¹⁶ La primera consiste en la ausencia total de la norma complementaria, mientras que la relativa consiste en que la norma produce “un resultado discriminatorio o arbitrario afectando el principio de igualdad y cuando el legislador no introduce disposiciones transitorias que reglamenten los derechos adquiridos de quienes los habían ejercido anteriormente”.¹⁷ Se trata de un caso en que el legislador establece una normativa dirigida a un sector determinado, olvidando otros sectores análogos, constituyendo una omisión arbitraria que sería contraria al principio de igualdad. De allí su inconstitucionalidad.¹⁸ Ello ocurre, por ejemplo, con el caso que denuncia Arturo Fernandois relativo a los “cariños monetarios” dirigidos a “transportistas, trabajadores portuarios y subcontratados de Codelco”.¹⁹ El profesor Nogueira propone una clasificación muy parecida a la anterior, diferenciando la inconstitucionalidad por retardo y

¹³ Este principio ha sido recogido por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. “10º. Que, por su parte, el artículo 6º de la Constitución comprende dos conceptos fundamentales. En sus incisos 1º y 2º consagra principios vitales en los cuales descansa la nueva institucionalidad, como lo son: el de la “supremacía constitucional” sobre todas las otras normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento positivo y el de la “vinculación directa” de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, siendo, por ende, tales preceptos obligatorios, tanto para los gobernantes como para los gobernados. De allí que primero se establezca que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”. Y, acto seguido, se agregue que “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares e integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.” TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 19, 27 de octubre de 1983, considerando N° 10.

¹⁴ Así –en palabras de la profesora Luz Bulnes A.– “si la Norma Fundamental se remite a la ley, ello no implica que el precepto constitucional no sea obligatorio.” BULNES ALDUNATE, Luz (1998), p. 139. Dicha autora trata la mencionada idea como la primera consecuencia de la doctrina de aplicación directa y concluye que si dicha doctrina “no se respeta en muchos casos el precepto pasaría a ser letra muerta (...).” BULNES ALDUNATE, Luz (1998), p. 142.

¹⁵ Por esta misma razón –y sólo a modo de ejemplo–, es de público conocimiento el hecho de que el Tribunal Constitucional (TC) ejerce continuamente las nuevas atribuciones de que goza en virtud de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, de agosto de 2005. Dichas atribuciones deben ser complementadas por una ley orgánica constitucional, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 92, inc. final, y a lo establecido en los distintos numerales del Art. 93, como ocurre por ejemplo con el recurso de inaplicabilidad, donde se exige el cumplimiento de “los demás requisitos que establezca la ley”. Si la ley no establece dichos requisitos, entonces no puede entenderse restringido o subordinado el texto constitucional a la omisión del legislador, teniendo plena aplicación y vigencia la atribución del Art. 93, N° 6, de la Carta Fundamental. En efecto, el proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica del TC aun se encuentra en trámite legislativo, pendiente desde diciembre de 2005. Corresponde al boletín N° 2809-07-1, del Congreso Nacional.

¹⁶ BULNES ALDUNATE, Luz (2006), pp. 253-254.

¹⁷ BULNES ALDUNATE, Luz (2006), p. 254.

¹⁸ La exclusión arbitraria o la discriminación de un beneficio entendido como una omisión inconstitucional, fue obra de la jurisprudencia alemana. RISSO FERRAND, Martín, p. 14.

¹⁹ FERNANDOIS V., Arturo (2008).

la inconstitucionalidad por negación del legislador.²⁰ La primera resulta de la inercia legislativa en establecer la ley correspondiente y la segunda se produce cuando el legislador sanciona la ley de manera incorrecta, omitiendo algunas hipótesis que constitucionalmente deben estar presentes.²¹

Como ya expliqué, el presupuesto para que opere la inconstitucionalidad es la inactividad total o parcial del legislador, sobre la base de un mandato constitucional definido. En estos casos, podría pensarse en el establecimiento de un plazo para que el legislador cumpla el mandato constitucional. Dicho plazo puede estar establecido de manera expresa, o simplemente puede tratarse de un plazo que se estima como razonable.²² Como se verá, esta solución no es posible en Chile sino mediante una reforma constitucional, por lo que se hace necesario buscar otros mecanismos de solución. Ese es el objetivo del presente trabajo.

II. El Tribunal Constitucional (TC) y sus facultades

Desde el punto de vista de la concepción clásica kelsiana no es posible visualizar una solución a este problema en la justicia constitucional. Para Hans Kelsen, el TC es un "legislador negativo" encargado de expulsar del sistema jurídico a aquellas normas legales que adolezcan de un vicio de constitucionalidad.²³ La función consiste en la expulsión de una producción normativa ilícita. Es decir, se hace desaparecer una norma positiva existente.

La inconstitucionalidad por omisión se caracteriza porque la norma legal inconstitucional no existe, por lo que el ilícito tiene lugar debido a un no hacer. No puede concebirse una inexistencia digna de expulsión, ya que no se puede expulsar lo que no existe y no se puede dar inexistencia a lo que no es. En efecto, la omisión es y no puede ser revertida por una desaparición.²⁴ En consecuencia, la única vía para enmendar la omisión inconstitucional consiste en una acción

²⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005), pp. 235-236.

²¹ Otra clasificación interesante, relativa al tipo de normas cuya inconstitucionalidad podría ser declarada, la propone Laura Rangel –siguiendo a Gustavo Zagrebelsky–, quien distingue entre normas constitucionales de eficacia directa, y normas de eficacia indirecta. Dentro de este segundo grupo ella distingue entre las de eficacia diferida, las normas de principio, y las normas programáticas. RANGEL HERNÁNDEZ, Laura (2008), pp. 205-206.

²² A ello debe sumarse lo expresado por el autor argentino Néstor Sagüés, en que el encargo constitucional incumplido puede ser expreso o tácito. SAGÜÉS, Néstor P. (2002), citado por NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005), p. 235.

²³ Véase KELSEN, Hans (1999). *Quién debe ser el defensor de la Constitución*, Ed. Tecnos, 2ª ed., Madrid.

²⁴ Muy bien lo señala el profesor Soto Kloss, aunque a propósito de la nulidad de derecho público, "lo que no existe no es y lo que no es, es la nada: *nullus, nullitas*, ausencia de ser, y la nada no cabe que sea objeto de saneamiento". SOTO KLOSS, Eduardo (1996), pp. 175-176.

positiva que genere un acto legislativo nuevo, para lo cual se hace necesario convocar al “legislador positivo”. Para ello, en un sistema democrático basado en la separación de funciones, en el principio de juridicidad y de competencia, la única forma de poner en movimiento al “legislador positivo” se traduce en que los poderes colegisladores realicen su tarea.²⁵

Si el TC se atribuyera competencias propias del “legislador positivo”, desnaturalizaría su función y menoscabaría los principios constitucionales ya enunciados, en especial el Art. 7° de la Carta Fundamental, por cuanto se estaría excediendo de las atribuciones que le establece taxativamente el Art. 93 de la Constitución, e invadiendo la esfera de competencia del verdadero “legislador positivo”, contenidas en el Art. 63 del mismo cuerpo constitucional. De esta manera, el TC estaría vulnerando el principio de competencia, por el cual “los órganos del Estado actúan válidamente (...) dentro de su competencia”, que debe ser expresa y no implícita; estaría ejerciendo atribuciones sin gozar de la investidura regular para ello; omitiendo la forma que señala el orden jurídico; y vulnerando la separación de funciones del Estado.

Por lo demás, el propio TC ha sostenido en su jurisprudencia al conocer de recursos de inaplicabilidad que debe existir un precepto legal para que se puedan ejercer sus atribuciones. La inexistencia de un precepto legal obedece a que no habría una norma que declarar inaplicable, por lo que resultaría absurdo controlar en concreto un precepto inexistente.²⁶ Si no existe un precepto legal, entonces no procede el control. Este criterio podría utilizarse para el problema de la inconstitucionalidad por omisión del legislador, ya que –y aunque pueda parecer obvio y redundante– todo control normativo exige la existencia de una norma a controlar, aun en su estado de elaboración (control preventivo). En casi todas las atribuciones que el Art. 93 de la Carta le otorga al TC, se dispone expresamente la existencia de algún tipo de norma a controlar.²⁷

El único caso en que el TC está facultado expresamente para controlar una inconstitucionalidad por omisión es el del Art. 93, N° 8, primera parte, de la Carta Fundamental, el que consiste en “Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República *no promulgue* una ley cuando deba hacerlo (...)”.

²⁵ Congreso Nacional y Presidente de la República, por mandato de los Arts. 32, N° 1, y 46 de la Constitución.

²⁶ Lo anterior tuvo lugar con ocasión de la sentencia derogatoria del primitivo Art. 116 del Código Tributario, frente a la cual prosperaron recursos de inaplicabilidad en contra de un precepto que ya no se encontraba vigente, por lo que fueron rechazados. Véanse, sólo a modo ejemplar, las sentencias del Tribunal Constitucional, rol N° 686-2006, rol N° 870; rol N° 871; rol N° 885; rol N° 964.

²⁷ Las atribuciones del TC enumeradas en el Art. 93 de la Carta Fundamental implican ejercer el control “de las leyes” (N° 1), “de las normas de un tratado” (N° 1), “de los autos acordados” (N° 2), “de un decreto con fuerza de ley” (N° 4), “de la convocatoria a un plebiscito” (N° 5), “de un precepto legal” (N° 6 y 7), “de un decreto o resolución” (N° 9 y 16).

La expresión “no promulgue” evidentemente significa un caso en que el Jefe de Estado no ha puesto en movimiento un mandato constitucional, constituyendo una inconstitucionalidad por omisión.²⁸ Ello vulneraría los Arts. 32, N° 1, 72, 73, 75, en virtud de los cuales el Presidente de la República tiene el imperativo constitucional de promulgar la ley en los casos que corresponda.²⁹ La solución que el TC puede establecer en el caso analizado está dispuesta directamente por la Carta Fundamental, existiendo por consiguiente facultades expresas para solucionar el problema, lo que no ocurre con el resto de los casos que pueden originarse con la omisión legislativa.

Otro problema radica en la imposibilidad de exigir al legislador la dictación de las normas a que está obligado, no obstante la existencia del deber de legislar en ciertas materias. El legislador es una función autónoma del Estado no sujeta al principio de inexcusabilidad que vincula a la Judicatura. Así, sería muy difícil imaginar bajo los preceptos actuales de nuestra Constitución la posibilidad de exigir la dictación de la legislación que corresponde. Si se piensa en las herramientas que la Carta entrega fuera del control constitucional, podemos advertir la presencia del mecanismo de acusación constitucional contra Ministros de Estado por “infringir la Constitución” (Art. 52, N° 2, letra b) o contra el Presidente de la República por haber “infringido gravemente la Constitución”. Sin embargo, no existe acusación constitucional en contra de parlamentarios. Por lo demás, en caso de tener éxito este mecanismo, sólo podría tener como consecuencia la remoción de la autoridad afectada, y no la reparación de omisión. En definitiva, el control político tampoco es de utilidad para los problemas que genera la norma inexistente o parcialmente completa.

²⁸ Como señalan algunos connotados autores, “El Presidente de la República, como colegislador, está obligado constitucionalmente a dictar el decreto promulgatorio y, en consecuencia, importaría un incumplimiento a su deber constitucional no hacerlo, el cual debe sancionar el Tribunal. En este caso el pronunciamiento del Tribunal no recaerá sobre una norma, sino frente a una omisión, consistente en no promulgar dentro del plazo el texto aprobado por las Cámaras (...). Cabe señalar que la sentencia que dicta el Tribunal Constitucional tendrá una enorme importancia, de acogerse el reclamo, pues pasa a sustituir la potestad no ejercida o mal ejercida por el Presidente de la República, promulgando el fallo la ley que no lo haya sido o rectificando la promulgación incorrecta”. VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1999), t. II, pp. 292-293.

²⁹ La propia Constitución es la encargada de señalar la manera de reparar esta omisión inconstitucional: “si el Tribunal acogiera el reclamo, promulgará en su fallo la ley que no lo haya sido o rectificará la promulgación incorrecta” (Art. 93, inc. 13). El Tribunal sustituye la competencia del Jefe de Estado de promulgar la ley (Art. 32, N° 1) y se atribuye una facultad ejecutiva para reemplazar la inactividad del Presidente de la República.

A diferencia de este caso, en que el TC ejerce una atribución propia de la función ejecutiva por su omisión ilícita para poner en movimiento una ley que no tiene vigencia por la desidia del Jefe de Estado, el TC no tiene facultades expresas para reemplazar la inactividad de la función legislativa sustituyendo su omisión en dictar una ley. El caso que señalo es el único en que la Constitución autoriza expresamente a solucionar un problema de omisión legislativa, y se refiere a una situación específica, por lo que no cabe una interpretación extensiva del mismo a otras situaciones. De más está recordar que en Derecho Público las atribuciones deben ser expresas, por lo que no cabe la interpretación por analogía. De esta manera, hay que entender que esta facultad es de naturaleza excepcional.

En el derecho comparado se han elaborado ciertas fórmulas que persiguen dar una solución al problema. Sin embargo, ninguna de ellas trae como consecuencia la reparación definitiva de la omisión sin la participación del órgano legislativo.

La acción constitucional conducente a ello aparece de manera expresa por primera vez en el Art. 377 de la Constitución de la República Socialista de Yugoslavia, de 1974, donde el tribunal tenía facultades para constatar la omisión e informar de dicha situación al legislador.³⁰ El efecto directo que se generaba se limitaba a la información o comunicación de la situación inconstitucional al legislador. Posteriormente, la Constitución portuguesa de 1976 dio un paso más, apareciendo la facultad de establecer un plazo razonable al legislador (Art. 279).³¹ Hoy, Brasil,³² Colombia, Venezuela, Costa Rica³³ y algunas Constituciones locales mexicanas, son ejemplos de países latinoamericanos cuyas Constituciones contienen expresamente el control de la omisión legislativa.³⁴ Otros Estados, careciendo de facultades expresas para declarar la inconstitucionalidad por omisión, han desarrollado una jurisprudencia a través de la "vía de la interpretación e integración constitucional", como ocurre con Alemania, Austria e Italia, e incluso Chile, como se verá.³⁵

Casos muy interesantes los constituyen el de la provincia de Veracruz (estado mexicano), la provincia de Río Negro argentina. En la primera, la Constitución local (modificada el 2000) dispone que el gobernador del Estado o al menos la tercera parte de los ayuntamientos cuentan con una acción especial cuando el Congreso no haya aprobado una ley o decreto. Se determina un plazo para

³⁰ RISSO FERRAND, Martín, p. 13.

³¹ En el caso de Portugal, existe la posibilidad de que el Tribunal Constitucional determine la existencia de la omisión generando sobre el legislador la obligación de legislar, pero sin establecer una consecuencia mayor ante la reiteración de su inactividad. Se reconoce que el Tribunal no puede completar o desarrollar el vacío, ya que se estaría convirtiendo en un legislador positivo. Este control sólo procede cuando resulta imposible la aplicación de la norma constitucional sin la existencia de una ley.

³² Interesante es el Art. 103 de la Constitución de Brasil, que dispone de un plazo de 30 días para la adopción de las providencias necesarias cuando la obligación recayere sobre un órgano administrativo.

³³ No obstante ello, en Costa Rica "la Sala Constitucional ha sido cautelosa en tratándose del control sobre las omisiones legislativas inconstitucionales, incursionando únicamente y en algunos casos en el control de las omisiones reglamentarias, a pesar que en el ordenamiento costarricense existen las previsiones constitucionales y legales suficientes para instaurar el control de constitucionalidad por omisión en toda su extensión." OROZCO S., Víctor; PATIÑO C., Silvia, p. 5.

³⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005), p. 234.

³⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005), p. 236. De esta manera, por ejemplo, en sentencia de la Corte Constitucional alemana de enero de 1969, interpretó la Ley Fundamental determinando que la legislación debía asegurar iguales condiciones a hijos legítimos y naturales. Ante la omisión del legislador, la Corte decidió aplicar directamente la norma constitucional en un caso que se suscitó 20 años después. Tal es la fuerza de la Constitución, que resultó la derogación jurisprudencial de las leyes que son contrarias. En este mismo texto también se citan interesantes casos en Italia y Colombia, pp. 238-239.

que se apruebe la normativa omitida, y si ello no ocurre entonces “el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, mientras se expide la normativa faltante”.³⁶ En este caso, el Tribunal puede convertirse en un legislador positivo de manera temporal, supliendo la omisión. El Art. 207 de la Constitución de la Provincia de Río Negro, de Argentina, dispone que el afectado en su derecho individual o colectivo podrá recurrir al Supremo Tribunal, el que podrá determinar un plazo para que la omisión sea subsanada. Si el plazo no se cumple, el propio Tribunal podrá completar el vacío para el caso particular con efecto limitado y, de no ser posible, se determinará el monto a indemnizar. Lo interesante radica en que los casos particulares quedarán resueltos sin que el Tribunal entre a legislar. Si legisla, sólo lo hace en la medida de lo posible y con el efecto relativo propio de una sentencia judicial ordinaria. Si ello no es posible, entonces obliga a reparar los daños originados por la omisión legislativa.³⁷

Sin una reforma constitucional, resultaría difícil importar a Chile las instituciones del derecho comparado en esta materia, ya que nuestro sistema requiere de una consagración normativa expresa, por cuanto se trata de una materia de competencia de un órgano de derecho público.

Algunos sistemas normativos –donde no obstante no existir una consagración normativa expresa– reconocen la posibilidad de dictar sentencias declarativas de la inconstitucionalidad por omisión, tal como ocurre con España, Italia y Alemania.³⁸ Así, la práctica de la justicia constitucional comparada ha admitido la existencia de sentencias aditivas, que reemplazan la omisión del legislador por una norma que completa los vacíos inconstitucionales. Esto es difícilmente reproducible en Chile. Por lo demás, dichas sentencias constituyen un peligro de difícil solución, por cuanto son un evidente quebrantamiento a la separación de las funciones estatales, implican que el TC se atribuya la función de legislar positivamente. La diferencia de estas sentencias con aquellas que se limitan a constatar la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, e incluso de

³⁶ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura (2008), pp. 210-211.

³⁷ Otro caso interesante lo constituye la Constitución venezolana de 1999, donde la sala constitucional del Tribunal Supremo está facultada para “Declarar la inconstitucionalidad del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección” (Art. 336, N° 7, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Con ello se reconoce que el único facultado para solucionar este problema constitucional es el legislador positivo, a través del mandato del legislador negativo, quien no se atribuye competencias legislativas, sino que simplemente vela porque estas se subordinen a la Carta Fundamental, no pudiendo jamás completar por sí mismo los vacíos que observe. En consecuencia, los efectos de su decisión resultarán en la obligación de cumplir un plazo para legislar respetando las recomendaciones de hermenéutica constitucional que se le hagan.

³⁸ BULNES ALDUNATE, Luz (2006), p. 257.

aquellas que sugieren o recomiendan prácticas constitucionales al legislador, se traduce en que estas últimas nada agregan al sistema jurídico positivo. No legislan. Por ello, deben ser medidas con parámetros diversos.

Con las herramientas que existen en nuestro ordenamiento jurídico, me inclino por pensar que la justicia ordinaria puede aportar una solución a lo menos parcial, integrando el vacío normativo existente, asunto sobre el cual volveré.

III. El vicio de la omisión legislativa

Sin perjuicio de lo ya señalado en materia de atribuciones del TC, es posible advertir jurisprudencia constitucional reiterada que constata la omisión inconstitucional sin efectos jurídicos directos, y otro grupo de sentencias aisladas que le otorga un efecto a la declaración de inconstitucionalidad por la omisión del legislador. Debo advertir, eso sí, que todos los casos que mencionaré tienen lugar por omisiones parciales (y no totales), debido a que el pronunciamiento del TC requiere de la existencia de una norma a controlar, como ya expliqué.

Resulta claro que la solución que se proponga dependerá del tipo de vicio de omisión que se invoque. Un aporte en esta materia lo realiza el profesor Patricio Zapata, quien hace una interesante distinción. El tratamiento será diferente si el vicio es de fondo o de forma. Si el vicio de omisión es de fondo, debe subdistinguirse. Si es de “contenido prescindible” o de “menor entidad”, es partidario de que el TC, “en vez de anular la normativa deficitaria, haga presente al legislador la existencia de vacíos u omisiones (...). El objeto de esta advertencia es, precisamente, ‘llamar’ al legislador a que subsane el vacío referido (...)”. Por el contrario, si el vicio de fondo es “de mayor entidad” o “prescindible”, la mera advertencia no es una respuesta satisfactoria, por lo que el proyecto de ley debiera ser declarado inconstitucional.³⁹

Si el vicio es de forma, esto es, cuando se han omitido ciertos requisitos de procedimiento en el proceso de generación de la ley, la solución es más simple: la declaración de inconstitucionalidad por parte del TC.⁴⁰ Sin embargo, ello desplaza el problema a determinar cuáles serán los trámites cuya omisión

³⁹ ZAPATA L., Patricio (1994) pp. 31-32 y 39.

⁴⁰ Me parece a lo menos discutible la procedencia del recurso de inaplicabilidad, por cuanto si bien éste no distingue entre vicio de forma y fondo, es claro que en este tipo de control lo inconstitucional es una situación eventual producida por un precepto legal, y no la norma misma. Normalmente el vicio de forma es en abstracto, y no en concreto, como exige el recurso de inaplicabilidad. Existen, como veremos, declaraciones de inaplicabilidad por omisión del legislador, pero siempre por vicios de fondo. No obstante, podría argumentarse que el vicio de forma podría ser constatado por cualquier tribunal mediante la nulidad de derecho público. Tal es la posición del profesor Silva Bascuñán. “Desde luego,

justifica dicha declaración.⁴¹ No obstante lo anterior, el autor citado no se hace cargo de la situación en que derechamente no exista un proyecto de ley (omisión total), tal vez porque esa situación es insalvable por la vía de la justicia constitucional.

Me parece que la solución de las “advertencias” resulta muy poco eficaz. Trataré este punto en el apartado siguiente.

IV. La constatación de la omisión sin efectos jurídicos directos. La advertencia.

Como ya lo enuncié, podría pensarse que el TC está facultado para declarar la inconstitucionalidad por omisión, sin tomar medida directa alguna. En otras palabras, ¿puede el TC constatar la existencia de dicha inconstitucionalidad sin consecuencias directas para la norma sujeta a su control? La respuesta a esta pregunta debe considerar que la posibilidad de constatar la inconstitucionalidad no puede significar en caso alguno el reemplazo de la omisión o la imposición de consecuencias obligatorias para los legisladores. Si se sostuviera –como dice el profesor Zapata, ya citado– que este es el camino adecuado para superar la omisión, entonces se estaría reconociendo que la omisión continuará existiendo ilícitamente mientras no haya un acto del legislador positivo.⁴² Se trata, entonces, de una nueva categoría de normas inconstitucionales.⁴³ Esta solución es insuficiente al existir el camino alternativo de la integración.

No obstante, hay razones que permitirían sostener que la advertencia goza de una cierta utilidad: el otorgamiento de certeza jurídica relativa a la infracción

en el campo del Poder Legislativo, la Constitución señala minuciosamente el régimen que condiciona el ejercicio de esa función (...). En la hipótesis de la ocurrencia de una irregularidad formal en el proceso de gestación de la ley, la nulidad de derecho público, dispuesta en el art. 7º, alcanza su plena aplicación (...). Dichos tribunales podrán establecer la existencia o inexistencia de irregularidades y, por lo tanto, acoger o desechar la acción deducida (se refiere a la acción de Nulidad de Derecho Público).” SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997), pp. 155-156.

⁴¹ ZAPATA L., Patricio (1994), pp. 35-37, y 39.

⁴² En palabras de Teodoro Ribera “El Tribunal se ha visto confrontado con que una determinada normativa es contraria a la Carta Fundamental, pero que su declaración generaría una situación aun más alejada de la Constitución que la consagrada. Ante tal situación, el Tribunal utiliza las prevenciones para advertir al legislador sobre la carencia de tal o cual materia sometida a su control y le hace presente que no declara su inconstitucionalidad, pues ello traería como consecuencia una situación peor a la detectada. (...) Por otra parte, debe recordarse que –en palabras del profesor Ribera– “Cuando el Tribunal Constitucional advierte al legislador sobre una carencia en la ley y lo conmina a corregirla ‘oportunamente’, está respetando en un grado sumo la autonomía legislativa. Esto es tal, pues en estricto Derecho el Tribunal debería declarar la inconstitucionalidad y no sólo comunicársela al legislador. Son las consecuencia posteriores las que le indican que es mejor abstenerse de hacerlo.” RIBERA NEUMANN, Teodoro (1989), pp. 220-221.

⁴³ En este mismo sentido, Teodoro Ribera considera que el “camino adecuado para superarla (la omisión) está en su regulación posterior y no en su rechazo. Las advertencias al Legislador significan, de

constitucional; el reproche político que puede significar para los responsables; podría servir de fundamento a una demanda civil para que el Estado repare los perjuicios ocasionados por la omisión ilícita (responsabilidad patrimonial del Estado legislador). También podría pensarse que la advertencia busca generar un diálogo entre los distintos órganos del Estado que se ven involucrados, para que el legislador vaya adaptando su práctica a la interpretación que realice el TC. Sin embargo, en la práctica este diálogo no se produce. En efecto, las sentencias donde el TC previene a los órganos colegisladores la manera en que éstos deben comportarse, sin declarar derechamente la inconstitucionalidad, no han servido para ajustar la práctica legislativa a la correcta interpretación de la Constitución. Evidencia empírica de lo anterior puede apreciarse en un trabajo del profesor Arturo Fermandois.⁴⁴

Por lo demás, útil es preguntarse: ¿cuál es la parte de las sentencias del TC que obligan? ¿Sólo la parte resolutive? ¿Tiene algún grado de obligatoriedad la parte considerativa de la sentencia constitucional? ¿Puede hablarse de cosa juzgada constitucional en los considerandos que el TC ha tomado en cuenta? ¿Qué ocurre con las prevenciones que no están conformes con el criterio utilizado por el TC, pero sí con el resultado final de la sentencia?

La práctica constitucional chilena suele emplear la técnica de la advertencia. En mi opinión, no rechazo dicha práctica mientras se admita que existe una vía complementaria de solución, reconociendo una utilidad a lo menos teórica.

Así, el TC ha constatado casos de inconstitucionalidad por omisión sugiriendo al legislador la adopción de ciertas medidas o a lo menos constatando el vacío.⁴⁵ A continuación expongo brevemente algunos casos de modo ejemplar:

1. La sentencia recaída en el proyecto de ley de votaciones populares y escrutinios:⁴⁶ en este pronunciamiento, el TC, al verificar la desigualdad que se establece dentro del proceso electoral entre los candidatos independientes y los pertenecientes a los partidos políticos, decide hacer presente tal situación

esta manera, abandonar la clara distinción en el control normativo entre las disposiciones declaradas constitucionales y las declaradas inconstitucionales al momento de la sentencia, e incorporar también una situación intermedia de "constatación de inconstitucionalidad". La contraposición que se acepta con la Constitución es meramente coyuntural y no esencial, y está motivada por la carencia de la normativa complementaria". RIBERA NEUMANN, Teodoro (1989) p. 221.

⁴⁴ FERNANDOIS V., Arturo (2005), pp. 685 y ss.

⁴⁵ Debe recordarse que dichas sugerencias no tienen ningún poder vinculante, ya que de lo contrario estaría invadiendo atribuciones legislativas que no le corresponden. Se trata de sentencias declarativas que "sólo constatan la inconstitucionalidad por omisión y lo comunican al órgano legislativo para que tome las medidas del caso o de recomendación al legislador". BULNES ALDUNATE, Luz (2006), p. 254.

⁴⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 53, de 5 de abril de 1988.

sin impedir que el proyecto prospere.⁴⁷ De esta manera, se opta por hacer recomendaciones al legislador: “se infieren algunas reglas concretas que el legislador deberá tener presente en la regulación de los procesos electorales y plebiscitarios, para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1°, inciso final, 18 y 19, N° 2, de la Carta Fundamental (...)” (considerando N° 17). La sentencia recalca la existencia de reglas constitucionales que el legislador positivo deberá aplicar de manera imperativa. Dicha obligatoriedad, a mí modo de ver, emana directamente de la Carta Fundamental, y no de la sentencia del TC.

Con posterioridad, y como se verá, el TC modifica su posición, declarando derechamente dicha inconstitucionalidad en una reforma a la citada ley de votaciones populares y escrutinios, como se verá más adelante.⁴⁸

2. La sentencia recaída en el decreto supremo que regula la restricción vehicular:⁴⁹ El TC expresó que “(...) a fin de cumplir debidamente con el mandato constitucional sobre limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales que nuestra Carta Política establece en su artículo 19, este Tribunal insta a los Poderes Colegisladores a llenar el vacío que se produjo en esta materia, luego de haberse declarado la inconstitucionalidad del artículo 49 del proyecto de la actual Ley N° 19.300 (...). Lo anterior resulta enteramente pertinente, porque si el legislador hubiere estimado que las normas invocadas en esta sentencia para justificar la restricción vehicular eran completamente suficientes, no habría incluido en el proyecto de la Ley N° 19.300 el referido artículo 49, que regulaba precisamente esta materia (...)” (considerando N° 47). La constatación de la omisión o el “vacío” culmina con una sentencia que exhorta al legislador a cumplir su mandato constitucional, sin perjuicio de que la norma impugnada fuera declarada constitucional y se permitiera su vigencia. Es la situación normativa inexistente la que resulta inconstitucional.

⁴⁷ “(...) no conteniéndose en ella las normas correspondientes para asegurar una efectiva igualdad entre las diferentes candidaturas, en el caso de los actos electorales o de las distintas proposiciones, tratándose de procesos plebiscitarios, el Tribunal estima que es su deber prevenir sobre la necesidad de que se dicten, oportunamente, las normas legales complementarias pertinentes destinadas a cumplir tal objetivo” (considerando N° 11, véase también el N° 25). Asimismo, la sentencia reconoce que “(...) es cierto que el Tribunal Constitucional pudo restablecer la igualdad reparando los preceptos del proyecto que confieren estos derechos a los partidos políticos y a la persona propuesta por los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y el General Director de Carabineros, titulares, o por el Consejo de Seguridad Nacional, en su caso; pero es cierto también que si así hubiere procedido, habría generado una inconstitucionalidad de vastas proyecciones como sería infringir el derecho de asociación política consagrado en el artículo 19, N° 15 (...)”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 53, de 5 de abril de 1988, considerando N° 20.

⁴⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 141, de 12 de febrero de 1992.

⁴⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 325, de 26 de junio de 2001.

3. La sentencia que rechaza la inconstitucionalidad del inciso 3° del Art. 416, del Código Procesal Penal:⁵⁰ Previo a esta sentencia, el TC había declarado la inaplicabilidad de la norma citada.⁵¹ Ella tuvo lugar por faltar garantías relativas al debido proceso. Se trata de la omisión legislativa en el cumplimiento del mandato constitucional del Art. 19, N° 3. Con posterioridad, se solicitó al TC que declarara la inconstitucionalidad con efectos generales de dicho precepto, lo que fue rechazado en la sentencia respectiva por “no existir una contradicción evidente” (considerando N° 11). No obstante, se reconoce “la ausencia de un mecanismo de defensa pleno y adecuado, al carecer de la posibilidad de rendir pruebas en resguardo de sus derechos” (considerando N° 10), con lo que se fundó la inaplicabilidad previa.⁵² La sentencia previa de inaplicabilidad constituye un caso de efecto directo de la declaración de la inconstitucionalidad por omisión, por lo que será analizada en el apartado correspondiente. Me parece que el TC optó por el camino correcto al rechazar la inconstitucionalidad con efectos generales, ya que ello lo fundamenta en la posibilidad de los tribunales ordinarios de integrar la laguna legal para suplir la omisión del legislador en los casos concretos.

V. La declaración de inconstitucionalidad por omisión con efectos jurídicos

En la práctica constitucional chilena existen sentencias que declaran la inconstitucionalidad de un precepto legal con efectos directos, por haber omitido el legislador ciertos aspectos esenciales que la Carta Fundamental ordena insertar. En este caso, resulta más fácil argumentar la existencia de la facultad del TC, por cuanto se enmarca dentro de su función de control de un precepto existente, pero incompleto. Existen varios ejemplos. Veamos algunos.

1. Sentencia que declara la inconstitucionalidad de ciertas disposiciones del proyecto de ley que modifica la ley orgánica constitucional de votaciones populares y escrutinios:⁵³ La sentencia acoge el requerimiento parlamentario “en cuanto el proyecto de ley no otorga la igualdad requerida por la Cons-

⁵⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 558 (590), de 5 de junio de 2006.

⁵¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 478, de 8 de agosto de 2006.

⁵² Asimismo, se señaló que “es posible comprobar que el precepto legal cuestionado carece en su texto de una regulación precisa de la tramitación de la solicitud de desafuero ante el Tribunal de Alzada, omisión que ha sido el antecedente para que las partes no hayan rendido pruebas de sus pretensiones o defensas en esa instancia. La mencionada omisión provoca un vacío legal, que sin embargo puede ser integrado con otros elementos del ordenamiento jurídico y posibilitar, entonces, una interpretación del precepto que se concilie con la norma constitucional”. Aquí es posible apreciar una recomendación hermenéutica al juez ordinario (considerando N° 12, de la sentencia rol 558 -590-, ya citada).

⁵³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 141, de 12 de febrero de 1992.

titución Política de la República a candidatos independientes y candidatos miembros de partidos políticos en las elecciones municipales, al restringirse el derecho a subpactar” (parte declarativa, punto N° 1).⁵⁴ Se trata de la omisión de las condiciones que permiten esta igualdad. Lo interesante de esta sentencia es que constituye un cambio en la doctrina del TC, ya que en una sentencia anterior recaída en dicha ley –y como ya se explicó– el TC se había limitado a constatar la omisión sin declarar la inconstitucionalidad.⁵⁵⁻⁵⁶

2. Sentencia recaída en el proyecto de ley que crea la Unidad de Análisis Financiero: –ejemplo que propone Luz Bulnes–.⁵⁷ En esta sentencia se declara la omisión legislativa del mandato constitucional del Art. 19, N° 3, de la Carta Fundamental, al no disponer la concreción del derecho constitucional a la defensa jurídica.⁵⁸ Ello se castiga con la declaración de inconstitucionalidad de las normas del proyecto que debieron prever el reconocimiento del derecho citado.

3. Sentencia que declara la inconstitucionalidad de ciertos preceptos legales que modifican la Ley General de Urbanismo y Construcciones:⁵⁹ Esta sentencia constata la existencia de remisiones que el proyecto de ley realiza a reglamentos, omitiendo “toda norma regulatoria del proceso y procedimiento a través del cual pueden ser impuestas aquellas sanciones, contemplando la defensa de rigor” (considerando N° 22). Dichas materias están reservadas a la ley, por lo que “las omisiones normativas que evidencia ese precepto en formación impiden que pueda considerarse cumplido el cúmulo de exigencias previstas en el artículo 19 N° 3 de la Constitución. Consiguientemente, el Tribunal debe declarar que tal disposición del proyecto infringe el fondo del precepto constitucional señalado lo que constituye una omisión legislativa que vulnera las garantías del Art. 19, N° 3, de la Constitución” (considerando N° 23).

⁵⁴ En la parte considerativa ya se había señalado “(...) que la omisión representada constituye una situación de vacío legal; que lo que se objeta no representa entonces un vicio de inconstitucionalidad, sino sólo el incumplimiento de una obligación que tiene el legislador, lo que si bien hace improcedente la objeción de constitucionalidad planteada, aconseja hacerlo presente para los efectos de que sea oportunamente subsanado” (considerando N° 29).

⁵⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 53, de 5 de abril de 1988.

⁵⁶ Debe citarse también que luego de la parte declarativa de la sentencia en estudio, el TC exhorta al legislador disponiendo que “Se hace presente la necesidad de complementar oportunamente la ley cuya modificación se trata con las materias indicadas en los fundamentos 29 y 31 de esta sentencia”. Con ello, el TC hace compatible la doctrina de la recomendación sin efectos jurídicos directos.

⁵⁷ BULNES ALDUNATE, Luz (2006), pp. 259-260.

⁵⁸ “Que, resulta evidente, por lo tanto, que el Legislador ha dejado de cumplir con la obligación que el Poder Constituyente le impone, de dictar las normas tendientes a asegurar la protección y defensa jurídica de los derechos fundamentales de quienes se encuentren comprendidos en las situaciones que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8°, determinan la imposición de una sanción”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 389, 28 de octubre de 2003, considerando N° 34.

⁵⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 437, de 21 de abril de 2005.

4. Sentencia que declara la inaplicabilidad el inc. 3°, del Art. 416, del Código Procesal Penal:⁶⁰ Como ya se señaló en este trabajo, esta sentencia reconoce la ausencia de las garantías del Art. 19, N° 3. Se trata, no obstante, de un control concreto con efectos particulares, por lo que los efectos directos de dicha declaración sólo operan respecto de la gestión pendiente de que se trate. Debe precisarse que el hecho de acogerse la inaplicabilidad previa incidió con las características concretas del caso, lo que no siempre es posible advertir en el control abstracto. Por esta misma razón, me atrevo a aventurar que la declaración de inconstitucionalidad por omisión debiera tener más éxito en las declaraciones de inaplicabilidad que en la inconstitucionalidad con efectos generales.

5. La sentencia que declara inaplicable la gratuidad del turno de los abogados:⁶¹ el TC declara la inaplicabilidad de la expresión “gratuitamente”, dispuesta en el inc. 1° del Art. 595, del Código Orgánico de Tribunales. El fin de la norma es la satisfacción del derecho constitucional de acceso a la justicia y la defensa jurídica (considerando N° 37), correspondiendo al legislador escoger el medio para atender dicho derecho esencial. El medio escogido por el legislador para cumplir con el mandato constitucional es el turno gratuito de los abogados.⁶² La inconstitucionalidad de la gratuidad deja en evidencia un vacío, por cuanto no existe una norma que permita la remuneración a los abogados. En este sentido, puede fácilmente advertirse que el legislador tiene el deber constitucional de establecer un sistema que no implique la gratuidad. Por esta misma razón, el tribunal sugiere o recomienda la adopción del sistema de defensorías (considerando N° 46). Por supuesto, debe recordarse que esta sentencia sólo produjo efectos relativos, por lo que no puede señalarse que la norma del Código Orgánico de Tribunales esté derogada. Por lo tanto, no existe un vacío, sino una norma inconstitucional vigente.

Como puede apreciarse, existen varios casos en que el TC chileno otorga un efecto directo a la declaración de inconstitucionalidad por omisión. Es de esperar que con el control represivo concreto de la declaración de inaplicabilidad, más omisiones legislativas sean declaradas inaplicables para los casos particulares que se presenten, tal como ya ha ocurrido en las sentencias anotadas. Estas sentencias están lejos de ser aditivas, ya que sólo se limitan a impedir que un cuerpo jurídico incompleto desde una perspectiva constitucional pueda apli-

⁶⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 478, de 8 de agosto de 2006.

⁶¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 755, 31 de marzo de 2008.

⁶² “Para cumplir con el mandato constitucional de dar asistencia legal a quienes no puedan procurársela por sí mismo, el legislador puede emplear el medio –por cierto excepcional y supletorio– de obligar a los abogados a desempeñar esta tarea, pero ello no autoriza la circunstancia de que no se remunere dicha labor profesional” (considerando N° 41 de la sentencia citada).

carse en un caso concreto con un resultado inconstitucional en la situación particular de que se trate. En Chile no es admisible la existencia de sentencias aditivas.⁶³ La práctica chilena es muy diferente de aquellos casos ya citados del derecho comparado, donde existen sentencias que completan la omisión legislativa mediante un acto de legislación positiva.⁶⁴

VI. La integración de la laguna legal como solución para la omisión legislativa

A mi parecer, la existencia de una omisión del legislador conduce necesariamente a la presencia de una laguna legal. Jurídicamente, la omisión no traerá problemas mientras no exista un interesado afectado con el vacío. De esta manera, me parece que la solución, a falta de una reforma constitucional, puede existir por la vía de la integración de la laguna legal.⁶⁵

Si asumimos que el ordenamiento jurídico no tiene lagunas, y que sólo la ley puede adolecer de ciertos vacíos, y observamos el principio de inexcusabilidad de los tribunales que dispone el Art. 76, de la Constitución,⁶⁶ y el derecho a la acción que se encuentra implícito en el Art. 19, N° 3, entonces fácilmente puede decirse que el juez (no el TC) está llamado a dictar una regla particular

⁶³ Así se declaró en la fundamentación N° 3 de un voto disidente de los Ministros señora Luz Bulnes, señores Osvaldo Faúndez y Ricardo García en una sentencia del TC: "Que, asimismo, es imprescindible recordar que las resoluciones del Tribunal Constitucional no pueden sino conducir a la eliminación de los preceptos calificados de inconstitucionales, sin que en caso alguno le sea lícito introducir agregaciones a los proyectos de ley que examina ni disponer que su aplicación pueda extenderse más allá de lo que el propio legislador ha señalado. Menos aún podría admitirse que el Tribunal procediera a establecer definiciones que corresponden a atribuciones propias del legislador". TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 220, de 13 de agosto de 1995.

⁶⁴ Así ha ocurrido, por ejemplo, en países como Italia o España. En efecto, el Tribunal Constitucional español dictó una sentencia donde añadió una palabra a la ley sometida a su conocimiento, con el objeto de evitar la discriminación arbitraria que ella traía, en virtud del principio de igualdad. Se advierte la eventual presencia de lo que denominan como "adición indirecta", donde no se elimina la norma impugnada, sino que se la declara inconstitucional en la parte que ella no regula. Lo inconstitucional no es lo que existe, sino lo que falta para que la existencia sea ajustada a la Constitución. Citan un caso de la Corte Constitucional italiana, donde se le agregó la expresión "si fuera creyente" a una ley que establecía el juramento de los testigos de decir la verdad. Estas sentencias resultan igualmente aditivas, ya que se estarían completando por una vía legislativa, función que no le corresponde al Tribunal Constitucional. Citado por LETELIER W., Raúl, y NICOLINI, Matteo (2004), pp. 55-104.

⁶⁵ Esta idea es propuesta por un autor uruguayo, llamado Martín Riso, para solucionar la controversia doctrinaria que se ha suscitado en Uruguay. RISSO FERRAND, Martín, p. 34.

⁶⁶ Debe recordarse que el principio de inexcusabilidad obliga a los tribunales a ejercer la jurisdicción "aun a falta de ley que resuelva la contienda" (Art. 76, inc. 2°). En palabras del profesor Alejandro Silva B.: "Frente a una norma ausente, su carencia ha de ser salvada ideando lo que convenga dentro de la aspiración de justicia que debe informar la vocación de la magistratura y en representación de la sociedad estructurada en un Estado de Derecho. Lo que aquí se condena es dejar de pronunciarse sobre el fondo a pretexto de la inexistencia de la regla pertinente. Por eso la jurisprudencia debe incluirse en las fuentes del derecho positivo". SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2002) t. VIII, pp. 96-97.

para la solución del caso concreto. Dicha regla, evidentemente, no escapa al efecto relativo de las sentencias, por lo que las consecuencias jurídicas de la misma se radicarán en la causa específica que se le ha presentado al juez, no pudiendo extenderse a otros casos similares.⁶⁷

En la historia del establecimiento del Art. 76, relativo al principio de inexcusabilidad, es posible encontrar antecedentes que refuerzan lo que señalo, vinculando la institución aludida con la inconstitucionalidad por omisión del legislador. En efecto, Jaime Guzmán sostuvo que “(...) el hecho de consagrar una norma como ésta será un incentivo de gran fuerza para el legislador en cuanto a no dejar sin cumplir su obligación de complementar las normas constitucionales, porque sabrá que, en la medida en que deje esa misión incumplida, en la práctica, los tribunales van a llenar el vacío con su criterio”.⁶⁸ Debo reconocer que esta visión no fue unánime en la Comisión de Estudios, habiendo discrepancia al respecto.⁶⁹

No obstante lo anterior, esta solución no podría ser utilizada en todos los casos. Así, por ejemplo, un juez ordinario no podría integrar los vacíos legales de un tipo penal para sancionar la conducta, siendo una ley penal en blanco. Este caso debiera ser resuelto mediante la inaplicabilidad.⁷⁰ Y si la omisión del legislador penal es total, entonces necesariamente debe entenderse que no existe un hecho punible.

Asimismo, no podría concebirse que un juez integrara un vacío en una atribución de un órgano estatal, por cuanto dichas atribuciones deben ser expresas (y jamás implícitas). En general, también debe decirse que en materia de

⁶⁷ Esta razón podría servir para argumentar que los sistemas anglosajones son más eficaces para dar solución a la omisión legislativa. A primera vista por la propia estructura (prelación) del sistema de fuentes del *common law* (e.g. inglés y norteamericano) también conocido como *judge-made-law* (el derecho sobre la base de la jurisprudencia) conducen a que no se plantee el problema, ya que los jueces están interpretando la Constitución y las leyes para descubrir las soluciones al caso concreto (generando incluso delitos por la vía jurisprudencial, como ha ocurrido en Inglaterra), o interpretando de manera extensiva la Constitución americana que, por lo demás, es muy breve en su contenido. Ello se vería reforzado con la existencia del precedente.

⁶⁸ Sesión N° 303, de la Comisión de Estudios, p. 1328. Citado por SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2002) t. VIII, p. 96.

⁶⁹ Una opinión diferente la tuvo el profesor Raúl Bertelsen, quien sostuvo que la “falta de desarrollo de una norma constitucional en asuntos en que el Poder Judicial no tiene injerencia alguna (...) no es asunto jurisdiccional que pueda plantearse ante ellos”. Sesión N° 303, de la Comisión de Estudios, p. 1329. Citado por SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2002) t. VIII, p. 96.

⁷⁰ Esto, sin embargo, presenta una fácil respuesta a través del recurso de inaplicabilidad, sin perjuicio de que la jurisprudencia ha sido dubitativa al respecto. Esto es así debido a que se trata de una omisión parcial de fondo, y no de una omisión total. Véase la jurisprudencia reciente: una sentencia acoge un requerimiento de inaplicabilidad del delito de incumplimiento de deberes militares (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 781, de 27 de septiembre de 2007), en circunstancias que otra lo rechaza (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 559, de 7 de junio de 2007).

derecho público el eventual uso de la analogía puede ser cuestionado o es a lo menos sospechoso.

En materia procesal, en relación con las normas del debido proceso, es posible observar casos en que se permita a los tribunales ordinarios interpretar la norma existente de la manera más conteste con la Constitución,⁷¹ reparando la omisión mediante la integración de normas, como ocurrió con el caso del rechazo al requerimiento de inconstitucionalidad del Art. 416 del Código Procesal Penal, ya citado, donde el TC hizo una exhortación a la justicia ordinaria para que integre la laguna. La integración del vacío necesariamente debe contar con la singularización de los valores y principios constitucionales, siendo éstos los principales elementos con que cuenta el juez.

Recordemos las palabras del propio TC: “es posible comprobar que el precepto legal cuestionado carece en su texto de una regulación precisa de la tramitación de la solicitud de desafuero ante el Tribunal de Alzada, omisión que ha sido el antecedente para que las partes no hayan rendido pruebas de sus pretensiones o defensas en esa instancia. La mencionada omisión provoca un vacío legal, que sin embargo puede ser integrado con otros elementos del ordenamiento jurídico y posibilitar, entonces, una interpretación del precepto que se concilie con la norma constitucional”.⁷²

Por otra parte, debe recordarse que el intérprete debe analizar si existe una norma general que pudiera aplicarse de manera supletoria, pues en este caso no habría una omisión y deberá utilizar dicha normativa.

Útil puede ser la distinción entre el derecho público y el derecho privado, aunque en muchas ocasiones la diferenciación puede traer problemas, por lo que es preferible –a mi juicio– no reducir el análisis sólo a ello. Por lo demás, en muchas ocasiones es difícil de determinar la línea entre el derecho público y el derecho privado. ¿Qué sucede con las leyes que complementan la Constitución en materia de derechos fundamentales? ¿Podría un juez, fundado en el derecho privado, integrar lagunas en esta área?⁷³ La línea divisoria entre el derecho público y el derecho privado no está muy clara, y probablemente será

⁷¹ La interpretación de la ley conforme a la Constitución ha sido acogida por la doctrina. Véase, sólo a modo de ejemplo, RODRÍGUEZ G., Pablo (2004), pp. 100 y ss. Véase también a ZAPATA L., Patricio (1994), pp. 23 y ss., donde trata las sentencias interpretativas del TC.

⁷² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, considerando N° 12, de la sentencia rol 558 -590-, ya citada.

⁷³ Por otra parte, debe recordarse que para el profesor Pablo Rodríguez, la distinción entre el derecho privado y el derecho público, “siendo importante, es insuficiente. Hay situaciones que no pueden abordarse con el simple expediente de entender que hay una prohibición en el silencio de la norma de derecho público y una permisón en el silencio del derecho privado. Quien juzga necesita fórmulas concretas (...)”. RODRÍGUEZ G., Pablo (2004), p. 25.

frecuente encontrar casos regidos por ambas ramas de manera simultánea. No obstante, existen principios y valores comunes a ambas ramas que no pueden ser olvidados por el intérprete, como la primacía de la persona humana, la interdicción de la arbitrariedad, etc. En esos casos, no sería, a mi juicio, descabellado utilizar normas de integración basadas y deducidas del mismo cuerpo constitucional.

VII. Conclusiones

La idea de la inconstitucionalidad por omisión arranca directamente de la doctrina de aplicación directa de la Constitución. Por esta misma razón, los problemas han sido denunciados y las soluciones propuestas bajo el imperio de la Constitución de 1980, debido a que el cuerpo constitucional primitivo era impreciso respecto al alcance de obligatoriedad constitucional.

Los mecanismos destinados a subsanar la inconstitucionalidad por omisión no pueden ser los mismos que aquellos creados para controlar la acción legislativa inconstitucional, ya que la naturaleza de la situación a controlar es absolutamente diversa. Por una parte hay una norma expresa contraria a la Constitución, y por otra existe una ausencia que genera un conflicto con la Carta Fundamental.

Por lo anterior, no existe un precepto determinado que pueda ser expulsado o inaplicado por la justicia constitucional, salvo en ciertos casos en que es posible advertir la existencia de una norma "incompleta". Así, los mecanismos que se han propuesto en el derecho comparado apuntan al establecimiento de plazos, a dar advertencias, constancias e incluso a completar los vacíos mediante actos positivos. Dichos actos positivos deben ser reducidos con el objeto de que los tribunales constitucionales no se conviertan en legisladores y rompan la separación de funciones estatales. Por esta razón, se observan casos en que el desarrollo normativo jurisprudencial es temporal, o de efectos relativos (casos de Veracruz y una provincia Argentina). Así, las sentencias aditivas son excepcionales y restringidas, pese a la constatación de ciertos casos en Italia y España.

En Chile, todas las soluciones anteriores sólo son posibles en la medida que exista una norma constitucional expresa, ya que de lo contrario se quebrarían principios elementales del derecho constitucional. Por lo anterior, sin perjuicio del único caso regulado en el Art. 93, de la Carta Fundamental, se hace necesario resolver el problema con las herramientas jurídicas disponibles.

Dentro de ellas, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha arrojado algunas luces que permiten clasificar los criterios asumidos dentro de nuestro sistema

constitucional. Por una parte se encuentran las sentencias que no declaran la inconstitucionalidad, pero constatan la inexistencia de una norma legal que por mandato constitucional debiera ser dictada. Por otra parte, nuestra jurisprudencia nacional ha declarado inconstitucionales o inaplicables determinados preceptos legales por no comprender en su plenitud un mandato específico de la Constitución.

Planteo en este trabajo colaborar con una idea que podría solucionar muchos problemas, a lo menos parcialmente. Me refiero a la facultad que tienen todos los tribunales de la República para completar las lagunas legales que observen en virtud del principio de la inexcusabilidad y de las normas de integración. Ello no transforma a los tribunales en legisladores positivos, ya que sólo cumplen una función integradora con los mismos elementos que el orden jurídico positivo les brinda. Así el tribunal debe observar el cumplimiento de las normas, valores y principios constitucionales, los que podrían concretizar de manera algo más precisa los mandatos que la equidad y la justicia le imponen al sistema normativo.

Bibliografía

BULNES ALDUNATE, Luz (2006). *La inconstitucionalidad por omisión*, artículo publicado en la revista Estudios Constitucionales, año 4, N° 1, Universidad de Talca, Ed. Librotecnia, pp. 251 y ss.

BULNES ALDUNATE, Luz (1998). *La Fuerza Normativa de la Constitución*, artículo publicado en la Revista Chilena de Derecho, número especial de 1998, P. Universidad Católica de Chile, pp. 137 y ss.

FERMANDOIS V., Arturo (2008). *Billetera fiscal y discriminación arbitraria*, artículo publicado en "El Mercurio", 12 junio 2008. <http://blogs.elmercurio.com/columnasycartas/2008/06/12/billetera-fiscal-y-discriminac.asp> (consultado en junio de 2008).

FERMANDOIS V., Arturo (2005). *Efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional: ¿Mito o realidad?*, artículo publicado en Reforma Constitucional (ZÚÑIGA U., Franciso, coordinador), Santiago, Editorial LexisNexis, pp. 685 y ss.

KELSEN, Hans (1999). *Quién debe ser el defensor de la Constitución*, Editorial Tecnos, 2ª ed., Madrid.

LETÉLIER W., Raúl, y NICOLINI, Matteo (2004). *Nulidad y Democracia en la Justicia Constitucional*, Revista de Derecho, N° 11, pp. 55-104.

QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario (1969). *Manual de Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Manuales Jurídicos N° 62.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005). *La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Iberoamérica del sur*, Santiago, Editorial LexisNexis.

OROZCO SOLANO, Víctor; PATIÑO CRUZ, Silvia, *La inconstitucionalidad por omisión en Costa Rica*. <http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/n7VOS.pdf> (Consultado en octubre de 2008).

RANGEL HERNÁNDEZ, Laura (2008). *La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución Mexicana. Un avance en el acceso a la Justicia Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Cuestiones Constitucionales, N° 18, México, <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst18/CUC000001807.pdf> (Consultado en octubre de 2008).

RIBERA NEUMANN, Teodoro (1989). *El Tribunal Constitucional y su aporte al desarrollo del Derecho. Aspectos relevantes de sus primeros 59 fallos*. Artículo publicado en la Revista del Centro de Estudios Públicos, N° 34, Santiago, pp. 195 y ss.

RISSO FERRAND, Martín, *Declaración de inconstitucionalidad por omisión en el dictado de actos ordenados por la Constitución*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Uruguay, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2001/pr/pr3.pdf> (Consultado en octubre de 2008).

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2004, 2ª edición). *Teoría de la Interpretación Jurídica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997). *Tratado de Derecho Constitucional, t. IV, La Constitución de 1980, Bases de la Institucionalidad, Nacionalidad y Ciudadanía, Justicia Electoral*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2000, 2ª edición). *Tratado de Derecho Constitucional, t. VII, Congreso Nacional, la función legislativa*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2002, 2ª edición). *Tratado de Derecho Constitucional, t. VIII, Poder Judicial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

SOTO KLOSS, Eduardo (1996). *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*. Tomo II, El principio de juridicidad, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1999). *Derecho Constitucional*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomos I y II.

ZAPATA L., PATRICIO (1994). *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Santiago, Corporación Tiempo 2000.