

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



LOS EFECTOS TEMPORALES
DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

MARCELO ARNOLDO VIVAR VARGAS

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES**

PROFESOR PATROCINANTE: DR. ANDRES BORDALI SALAMANCA.

VALDIVIA - CHILE

2010

**Sr
Iván Hunter Ampuero
Profesor Responsable
Seminario Investigación Jurídica II
Presente.-**

Por medio de la presente nota paso a informar la memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile de don **MARCELO ARNOLDO VIVAR VARGAS**, titulada “Los efectos temporales de las sentencias del Tribunal Constitucional”.

El trabajo del estudiante parte de un problema jurídico concreto, que se refiere a determinar cómo debe interpretarse el artículo 94 de la Constitución Política de la República en la parte que dispone que la sentencia del Tribunal Constitucional que derogue un precepto legal no producirá efecto retroactivo, pues surgen dudas si una interpretación estricta de tal enunciado normativo puede producir afectación de derechos o principios constitucionales.

El lenguaje y las formas gramaticales han sido, en general, correctamente utilizados, lo que permite una relativa fácil lectura y una comprensión de todos los extremos de la cuestión estudiada. Existe sí algún descuido en la ortografía.

En cuanto a la bibliografía utilizada ésta es bastante completa y actualizada. Sin embargo, el tesista es poco prolijo en el modo en que utiliza esa bibliografía en las citas a pie de página

Comentando el fondo del trabajo, señalaré la pertinencia del problema tratado y la plausibilidad de la hipótesis propuesta por el alumno memorista. Tratándose la declaración de inconstitucionalidad de las leyes por parte del Tribunal Constitucional, si bien la Constitución se encarga de señalar expresamente que ella producirá efectos pro futuro sin que pueda tener un carácter retroactivo, la experiencia y la doctrina demuestran que una aplicación irrestricta de esa concepción *ex nunc* de los efectos de la sentencia puede generar problemas, también, de constitucionalidad, especialmente para algunos derechos fundamentales, con particular incidencia en el campo penal. Ello es analizado por el tesista. Sin embargo, habría valido la pena que se hubiera referido a una cuestión bien práctica en el derecho chileno, como lo fue la referida a las solicitudes de inaplicabilidad pendientes una vez que se derogó el artículo 116 del Código Tributario por el Tribunal Constitucional.

Son estas las cuestiones que examina la presente tesis, analizando el problema desde una perspectiva teórica y dogmática.

De conformidad con lo expresado, informo la presente memoria “Aprobada para empaste” con nota 5.0 (cinco coma cero).


**ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA
PROFESOR
DERECHO PROCESAL Y CONSTITUCIONAL**

INDICE

Introducción.....	4
-------------------	---

Capítulo Primero

Efectos Temporales de las Leyes

1.- Eficacia de las leyes en el tiempo.....	5
1.1.- Tiempo que media entre su entrada en vigencia y su derogación.....	5
1.2.- Tiempo posterior a su derogación.....	5
1.3.- Tiempo anterior a su entrada en vigor	6
2.- Principio recogido en nuestro ordenamiento jurídico:	
La irretroactividad de las leyes.....	7
2.1.- Fundamento del principio de irretroactividad de las leyes.....	7
2.2.- Vinculación del principio de irretroactividad de la ley.....	7
2.2.1.- Respecto a el legislador.....	7
2.2.2.- Respecto a los jueces.....	8
3.- Leyes con efecto retroactivo: excepción al principio general.....	8
3.1.- Fundamento de las leyes con efecto retroactivo.....	8
3.2.- La retroactividad debe ser expresa y estricta.....	9
3.3.- Teorías sobre la determinación de los efectos retroactivos de las leyes.....	9
4.- Efectos temporales de las leyes en materia penal.....	10
4.1.- Análisis constitucional y legal.....	10
4.2.- Fundamento del principio constitucional de irretroactividad en materia Penal.....	12
4.3.- Alcance de la irretroactividad de las leyes penales.....	14
4.3.1.- Aquellos cuyo alcance es reconocido por la doctrina.....	14
4.3.2.- Aquellos cuyo reconocimiento es debatido por la doctrina.....	14
5.- Efecto retroactivo de la ley favorable al reo.....	16
5.1.- Fundamento.....	16

Capitulo Segundo

Sentencias del Tribunal Constitucional

1.- Antecedentes Generales.....	18
2.- Naturaleza Jurídica de las sentencias del Tribunal Constitucional.....	18
3.- La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad.....	20
3.1.- Formas que puede adoptar la sentencia del Tribunal Constitucional al resolver	

acerca de una cuestión de inconstitucionalidad.....	21
3.2.- Naturaleza jurídica de las sentencias en la cuestión de inconstitucionalidad.....	22
3.3.- Efectos de las sentencias en la cuestión de inconstitucionalidad.....	23
3.3.1.- Vinculación.....	23
3.3.2.- Efectos inter partes o erga omnes.....	25
3.3.3.- Cosa Juzgada.....	26

Capítulo Tercero

Efectos Temporales de las Sentencias estimatorias de inconstitucionalidad

1.- Planteamiento General.....	28
2.- Efectos temporales de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad.....	29
2.1.- Efectos temporales derivados de la naturaleza constitutiva de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad.....	29
2.2.- Efectos temporales derivados de la naturaleza declarativa de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad.....	30
3.- Interpretaciones desarrolladas por la doctrina en relación a la expresión: “No producirá efecto retroactivo”.....	30
4.- Aplicación del efecto irretroactivo de las sentencias estimatorias de Inconstitucionalidad, en relación con la consagración constitucional del principio de retroactividad de la ley Penal Favorable al imputado.....	34
4.1.- Humberto Nogueira Alcalá.....	34
4.2.- Lautaro Ríos.....	34
4.3.- Gastón Gómez Bernales.....	35
4.4.- Francisco Zúñiga Urbina.....	35
4.5.- Felipe Caballero Brun.....	36
Conclusiones.....	38
Bibliografía.....	39

INTRODUCCION

Entre las reformas realizadas durante el año 2005 a la Constitución Política de la República, se introdujo un precepto de carácter constitucional que definió los efectos temporales de las sentencias del Tribunal Constitucional; dicha norma dispuso que aquellas sentencias que declaren inconstitucional un precepto legal como resultado del control de constitucionalidad “no producirán efecto retroactivo”.

Aunque no deja de ser innovadora la inclusión de esta norma, en el ámbito de la Justicia Constitucional ha provocado una serie de cuestionamientos respecto a si es prudente atribuir dicho efecto irretroactivo a todas las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de un precepto legal, sin considerar alguna excepción. Lo planteamos de esta forma, porque no existe en la Constitución ni en la ley Orgánica del Tribunal Constitucional norma que regule, o más bien que tienda a morigerar la aplicación de este precepto constitucional.

Cobra más relevancia aún, si consideramos que en la misma Constitución Política de la República se reconoce como un principio constitucional la retroactividad de las leyes penales favorables al reo, cuya consagración en la Carta Fundamental, es producto de una larga lucha histórica que no es posible desconocer.

Resulta probable, que en determinadas circunstancias, la norma que haya sido declarada inconstitucional, sea una disposición que imponía una pena a un determinado delito; con la derogación de dicha ley, desaparecería dicho delito y por ende su penalización; ante lo cual y, en virtud del principio de retroactividad de la ley penal favorable al reo, sería perfectamente plausible que se solicite la revisión del caso, para que el hecho - hasta antes de la derogación – ilícito deje de ser sancionado ante la derogación de la norma que regulaba el tipo penal. Sin embargo, desde la incorporación del artículo que regula los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad, ello ya no sería posible, pues, en virtud de dicha reglamentación, la sentencia que declare la inconstitucionalidad no tiene efectos retroactivos.

En consecuencia, tenemos por un lado, una norma que proclama como un principio rector, orientador del ordenamiento jurídico, la retroactividad de la ley penal favorable al imputado, y por otro lado, una norma positiva, que establece que las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad no tendrán efecto retroactivo.

Es menester entonces, realizar un análisis de cada una de estas instituciones, a fin de lograr establecer criterios que les permitan a ambas desarrollarse jurídicamente, provocándose entre si el menor menoscabo posible en su la aplicación, la determinación de sus efectos, alcances o consecuencias jurídicas.

Para ello revisaremos los efectos temporales de las leyes, analizaremos las sentencias del Tribunal Constitucional, revisaremos los efectos que estas mismas sentencias producen, haciendo especial referencia a los efectos que despliegan en el tiempo estas sentencias.

CAPITULO PRIMERO

EFECTOS TEMPORALES DE LAS LEYES

1.- EFICACIA DE LAS LEYES EN EL TIEMPO.

En relación a la eficacia de las leyes en el tiempo, podemos distinguir tres fases:

- 1.1. Tiempo que media entre su entrada en vigencia y su derogación
- 1.2. Tiempo posterior a su derogación.
- 1.3. Tiempo anterior a su entrada en vigor

1.1. Tiempo que media entre la entrada en vigencia y su derogación.

Habitualmente, la ley comienza a regir desde el momento de su entrada en vigor, esto es, desde la fecha de su publicación, y deja de producir sus efectos cuando es derogada por una ley posterior.

Decimos habitualmente, ya que de acuerdo a lo preceptuado en los artículos 6º y 7º inciso primero del Código Civil¹, lo usual en nuestro ordenamiento jurídico es que la ley comience a regir desde la fecha de su promulgación y posterior publicación en el Diario Oficial; sin embargo, existe también la posibilidad que la ley surta sus efectos en una fecha distinta y posterior a la de su publicación. Esta última situación es denominada por la doctrina como *vacatio legis*² y se encuentra recogida en el artículo 7º inciso tercero del cuerpo legal señalado anteriormente.³

Las leyes se mantienen vigentes mientras no concurra alguna de las causas que la hagan perder su eficacia, las que según Antonio Vodanovic⁴ pueden ser causas extrínsecas o intrínsecas; las primeras, son causas externas a la ley misma, que están constituida por la derogación, y las segundas, la intrínsecas o internas, son aquellas que inhiben la eficacia de la ley por cumplirse el tiempo preestablecido para su duración o el logro del fin perseguido por ella, es lo que se conoce como leyes temporales.

Durante este período, la ley se aplica a todas las situaciones surgidas bajo su alero, y surte todos sus efectos en plenitud.

¹ Artículo 6º del Código Civil “La ley no obliga sino una vez promulgada en conformidad a la Constitución Política del Estado y publicada de acuerdo con los preceptos que siguen”.

Artículo 7º inciso 1º del Código Civil “Art. 7º. La publicación de la ley se hará mediante su inserción en el Diario Oficial, y desde la fecha de éste se entenderá conocida de todos y será obligatoria”.

² La vacancia legal es el período que media entre la publicación de la ley y la vigencia de la misma, período durante el cual la ley no produce efectos; esta situación se puede deber a que la ley establece un plazo o una condición para su propia entrada en vigencia.

³ Artículo 7º inciso 3º del Código Civil “Sin embargo, en cualquiera ley podrán establecerse reglas diferentes sobre su publicación y sobre la fecha o fechas en que haya de entrar en vigencia”.

⁴ Cfr. VODANOVIC H., A. *Manual de Derecho Civil*, Tomo I, Parte Preliminar y General, Ed. Lexis Nexis, Santiago Chile, 2003, p. 123.

1.2. Tiempo posterior a su derogación.

Corresponde al legislador determinar en que caso procede derogar una ley; la norma es suprimida del ordenamiento jurídico, ya sea por su simple eliminación, o bien porque es sustituida por otra. Por ello, la ley deja de ser eficaz, para todos los efectos legales.

En el caso de las leyes temporales, ellas cesan y dejan de ser eficaces, desde el momento en que se cumple el objetivo por el cual fueron dictadas, o se cumple el plazo de duración determinado previamente,

1.3. Tiempo anterior a su entrada en vigor.

Se pueden presentar dos situaciones:

- que la ley rija y disponga para el futuro, y jamás pueda ser aplicada a situaciones producidas anteriormente a su entrada en vigencia,
- o bien, que ella permita cubrir situaciones nacidas antes de que entre en vigor.

En el primer escenario, es decir, si la ley solo es aplicable a los casos que surgen con posterioridad a su publicación, y no permite que se aplique a hechos acaecidos bajo el alero de otra norma, estamos ante lo que se denomina el *efecto irretroactivo de las leyes*.

Por el contrario, si los efectos de la ley se hacen extensibles además de las situaciones descritas en el párrafo anterior, ha aquellas surgidas con antelación a su publicación y entrada en vigor, estaríamos ante un caso de *aplicación retroactiva de la ley*.

En este sentido debemos tener presente lo señalado por Garrido Montt, quien señala que “las expresiones *ley vigente* y *ley aplicable* no son sinónimas”⁵, ya que puede suceder que la ley vigente en un momento determinado no sea aplicable a un caso concreto, o bien que una ley que es aplicable a un hecho determinado no se encuentre vigente, por que ha sido derogado o modificada.

El problema se presenta respecto de aquellos hechos y actos jurídicos que han nacido bajo la vigencia de una ley, y se desarrollan o producen sus efectos bajo la vigencia de otra norma. Ante esta realidad, el ordenamiento jurídico debe entregar herramientas que permitan a los operadores del derecho, solucionar los conflictos que eventualmente se puedan presentar durante su aplicación.

⁵ GARRIDO MONTT, M., *Derecho penal*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1997, Santiago. p. 105.

2.- PRINCIPIO RECOGIDO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO: LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES.

El Código Civil chileno es claro, y recoge en su artículo 9° inciso primero⁶ como un principio general, el efecto irretroactivo de las leyes, impidiendo que una ley cubra situaciones generadas con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial, e incluso como señala Carlos Ducci⁷, este precepto se aplica no solamente a las leyes civiles sino que también a la “legislación toda”, por lo tanto – agrega – estamos ante un principio general de nuestro derecho: la irretroactividad de la ley.

2.1.- Fundamento del principio de irretroactividad de las leyes.

La doctrina es uniforme en este sentido y sostiene que, detrás de este efecto irretroactivo de las leyes encontramos un principio que en caso de no ser respetado, tendría nefastas consecuencias dentro del sistema jurídico; dicho principio es, el de **seguridad jurídica**.

El derecho configura las consecuencias que tienen nuestros actos, por ende los particulares se desenvuelven de acuerdo a las leyes que a tal efecto se dicten, generando en ellos la seguridad que actúan conforme a derecho; si en algún momento esto cambia, y resulta que una nueva ley regula de forma diferente una misma situación y acarrea además la pérdida de un derecho adquirido por el particular, generaría una incertidumbre de tal magnitud que los particulares no serían capaces de predecir las consecuencias jurídicas que generarían sus actos en el ordenamiento jurídico, y lo que es peor aun, surge inmediatamente la desconfianza del rol que el legislador cumple dentro de la sociedad.

2.2.- Vinculación del principio de irretroactividad de la ley

Tal como anteriormente hemos señalado, este principio es recogido en nuestra legislación por el artículo 9° del Código Civil, el cual constituye un reconocimiento *meramente legal*. Hecha esta aclaración, para entender a quiénes y en que medida vincula dicho principio, es preciso hacer la siguiente distinción:

2.2.1.- Respecto a el legislador

2.2.2.- Respecto a los jueces.

2.2.1.- Respecto al legislador

La ley obliga a todos, incluso al legislador, quien debe respetarla en su proceso de dictación de normas jurídicas; sin embargo, este Poder del Estado, puede modificar o derogar una ley vigente, por lo cual hay quienes sostienen radicalmente que al ser este artículo 9° del

⁶ Artículo 9° inciso 1° del Código Civil “La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo.”

⁷ Cfr., DUCCI CLARO, C. *Derecho Civil*, Parte General, Ed. Jurídica de Chile, Tercera Edición, Santiago, 1988, p. 57.

Código Civil, una ley ordinaria, y no una norma constitucional, no tiene el imperio para obligar al legislador, debido a que dicho poder se encuentra sometido solamente a lo prescrito por la Carta Fundamental.⁸ En consecuencia, para este sector doctrinal, el Poder Legislativo, no está compelido a respetar el principio de irretroactividad de las leyes, pudiendo dictar normas en sentido contrario (leyes retroactivas).

Aunque no encontramos un reconocimiento amplio y explícito, de forma excepcional la Constitución Política de la República, de manera directa o indirecta, compele al legislador a respetar el principio de irretroactividad, impidiendo que pueda dictar leyes con efecto retroactivo en ciertos ámbitos del derecho.⁹

En materia civil existe una prohibición indirecta que impide dictar leyes retroactivas; prohibición que está dada por las limitaciones surgidas de la consagración en la Carta Fundamental de las garantías constitucionales, en particular, la garantía del derecho de propiedad contenida en el artículo 19 número 24 de la Constitución Política de la República; así, una ley que atente contra el derecho de propiedad, derecho que ha surgido y en definitiva, ha sido adquirido bajo la vigencia de una norma anterior, determina que el legislador no pueda dictar leyes retroactivas con respecto a ese derecho que ya ha ingresado al patrimonio de un individuo.¹⁰

En materia penal, encontramos también una disposición constitucional¹¹ que refuerza la idea de respetar el principio de irretroactividad, impidiendo que el legislador dicte normas con efecto retroactivo, prescribiendo que ningún delito puede ser castigado con otra pena que la señalada por una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. Sin embargo esta misma disposición admite la posibilidad – excepcional – de aplicar con efecto retroactivo normas de carácter penal en el caso que la nueva ley sea favorable al afectado, permitiendo que en un caso determinado se aplique una pena señalada en una ley promulgada con posterioridad a la perpetración del delito. Volveremos sobre este punto más adelante.

En definitiva, salvo en los casos excepcionales descritos en los párrafos anteriores, el legislador podría dictar disposiciones con efectos retroactivos, ya que no existe ninguna norma general de carácter constitucional que lo obligue a respetar el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el Código Civil.

2.2.2.- *Respecto a los jueces*

El principio de irretroactividad de las leyes establecido en el artículo 9 inciso primero del Código Civil, no puede ser desconocido por el juez, obligándolo, e impidiendo que aplique una

⁸ *Vid.*, ALESSANDRI, A.; SOMARRIVA, M. y VODANOVIC, A. *Tratado de Derecho Civil*, Parte Preliminar y General, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 224.

⁹ *Vid.*, VODANOVIC, A., *Manual de Derecho...*, *op. cit.* p. 130.

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ Artículo 19 Número 3 inciso 7° de la Constitución Política de Chile “Ningún delito se castigara con otra pena que la que señale un ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”

ley posterior a hechos acaecidos antes de su promulgación. Salvo que el legislador dicte una ley con efecto retroactivo.¹²

3.- LEYES CON EFECTO RETROACTIVO: EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO GENERAL.

3.1.- Fundamento de las leyes con efecto retroactivo.

Debido a la gravedad implícita que conlleva la creación de una norma con efectos retroactivos, el legislador ha evitado dictar leyes con este efecto. Sin embargo, tal como lo señala Antonio Vodanovic¹³, el progreso y la evolución de la vida social, exigen que el Poder Legislativo dicte normas retroactivas, ya que sin su establecimiento, la abolición de la esclavitud, por ejemplo, se hubiera retrasado notablemente.

3.2.- La retroactividad debe ser expresa y estricta

No obstante lo anterior, no debemos olvidar que la aplicación retroactiva de la ley, es contraria al principio general de irretroactividad de las leyes, y por lo tanto constituye un acto excepcional, que afecta la seguridad jurídica, cuyo carácter debe ser definido expresamente por el texto normativo; ello implica además, que tanto su interpretación como su aplicación deben realizarse en forma restrictiva, siendo entonces, tal como la doctrina las denomina, normas de derecho estricto¹⁴.

3.3.- Teorías sobre la determinación de los efectos retroactivos de las leyes.

En principio, queda entregado al legislador la determinación de los efectos retroactivos que eventualmente pueda tener una ley; los que en muchas oportunidades son regulados en las disposiciones transitorias, que son normas mediante las cuales se previenen los conflictos que se puedan generar entre la aplicación de la ley antigua y la nueva, al definir los efectos que esta última debe producir a las relaciones jurídicas generadas con anterioridad a su entrada en vigencia.

Pero sucede también en otras ocasiones que la ley no se pronuncia sobre este asunto, generando un problema. Ante esta situación, la labor de precisar los límites temporales de la nueva ley queda entregada al juez, quien debe lograr compatibilizar la nueva ley con el principio de irretroactividad consagrada en el artículo 9 inciso primero del Código Civil.

Para este objeto, se han elaborado diversas teorías que intentan dar una respuesta acerca de cómo el juez debe realizar dicha función, interpretando la nueva ley de manera tal que no se aplique con efecto retroactivo.

Principalmente son dos las teorías que intentan solucionar este problema:

- La teoría clásica de los derechos adquiridos y de las meras expectativas,

¹² Vid., FIGUEROA YAÑEZ, G., *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, cuarta edición, Santiago, 2006, p. 181

¹³ Cfr., VODANOVIC, A., *Manual de Derecho...*, op. cit. p. 131

¹⁴ Vid., DUCCI CLARO, C., *Derecho Civil...*, op. cit. p. 57.

- Y la teoría moderna de las situaciones jurídicas.

Antonio Vodanovic, señala que “para la teoría clásica una ley es retroactiva cuando lesiona intereses que para sus titulares constituyen derechos adquiridos en virtud de una ley antigua: pero no lo es cuando solo vulnera meras facultades legales o simples expectativas.”¹⁵ Este mismo autor agrega que esta teoría presenta el problema de precisar los conceptos de derecho adquirido, simple facultad y mera expectativa.

Por su parte la teoría moderna adopta como concepto fundamental el de situación jurídica para determinar la retroactividad de las leyes; este término, fue elegido por esta corriente, ya que es considerado como el más amplio de todos, el cual comprende una cantidad infinita de situaciones, superior a lo que comprende la noción de derechos adquiridos. Para saber si una ley es retroactiva o no, es necesario tener claro previamente, que las situaciones jurídicas no se realizan, por regla general, en un solo momento, sino que ellas, tienen un desarrollo en el tiempo; por lo tanto, si una nueva ley alcanza en alguna de sus partes anteriores de la situaciones jurídica, estamos ante una ley con efectos retroactivos, de lo contrario estamos ante una ley que no es retroactiva.¹⁶

4.- EFECTOS TEMPORALES DE LAS LEYES EN MATERIA PENAL.

Tal como lo señalamos anteriormente, en el ámbito del derecho penal existe una disposición de rango constitucional que consagra la irretroactividad de las leyes penales como un principio general reconocido en la Carta Fundamental; dicho principio limita al constituyente a dictar normas con efecto retroactivo. Asimismo señalamos que dicho principio prevé una excepción expresada también en la norma suprema, posibilitando la aplicación retroactiva de una norma de carácter penal en el caso que sea favorable al afectado.

Por ello, en esta parte del trabajo haremos una breve revisión de la legislación que regula la aplicación de dichos principios, así como también sus fundamentos, alcances y tratamiento desarrollado por la doctrina.

4.1.- Análisis constitucional y legal

El artículo 19 número 3 inciso 7 de la Constitución Política de la República prescribe que: *“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”*

En la primera parte de norma constitucional transcrita, la doctrina reconoce la consagración del principio general de irretroactividad de las leyes penales, prohibiendo al legislador dictar normas que hagan aplicable a un delito una pena distinta a la señalada en una

¹⁵ VODANOVIC., A., *Manual de Derecho...*, op. cit. p.133.

¹⁶ Vid., FIGUEROA YAÑEZ, G., op. cit., pp. 185-186.

ley promulgada con anterioridad a la perpetración del ilícito. Esta disposición se ve reforzada con lo establecido en el artículo 18 inciso primero¹⁷ del Código Penal, el cual reafirma lo señalado por la Constitución, en el sentido que las leyes penales deben respetar el principio de irretroactividad, al disponer que ningún delito puede ser castigado con otra pena que la señalada por una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

Esta misma disposición constitucional – artículo 19 número 3 inciso 7 - en su segunda parte, establece una excepción al principio general de irretroactividad de las leyes penales al precisar que, en caso que una nueva ley sea favorable al afectado, deberá aplicarse esta última en desmedro de la ley vigente al momento de perpetración del delito. El artículo 18 inciso segundo y siguientes del Código Penal¹⁸ confirman lo anterior, al establecer que en caso que se *promulgue* una nueva ley - después de cometido un delito y antes que se pronuncie sentencia de término - que exima a un hecho determinado de la pena aplicable o bien la haga menos rigurosa, deberá aplicarse la ley nueva que establece la pena más favorable. Ambas disposiciones – constitucional y legal - consagran expresamente el principio de retroactividad de la ley penal más favorable al imputado.

El artículo 18 del Código Penal utiliza la expresión *promulgación*, para determinar el momento a partir del cual las leyes más favorables pueden ser aplicadas con efecto retroactivo. En este sentido, sólo bastaría que la ley sea promulgada por el Presidente de la República para que ella pueda ser aplicada con dicho efecto, sin importar la fecha de entrada en vigor; esta interpretación, ha sido desarrollada por la doctrina¹⁹ y la jurisprudencia²⁰ luego de una extensa discusión, que en lo principal discurría en la diferencia que existe entre las nociones de promulgación y vigencia de la ley. Sin embargo, respecto de este asunto, solo nos interesa tener claro que, indistintamente de la fecha en que haya entrado en vigor una ley o incluso en caso que nunca la haya tenido, lo que realmente importa- para efectos de determinar su aplicabilidad con efectos retroactivos- es que ella haya sido *promulgada* conforme a la ley.²¹

¹⁷ Artículo 18° inciso 1° del Código Penal “Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración”.

¹⁸ Artículo 18° inciso 2° y siguientes del Código Penal “...Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de termino, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.

Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte.

En ningún caso la aplicación de este artículo modificara las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades”

¹⁹ Vid. POLITOFF L., SERGIO, MATTUS, JEAN PIERRE, RAMIREZ G., MARIA CECILIA, *Lecciones de derecho penal chileno*, Parte General, 2ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2004, pp. 129-130

²⁰ Vid., MERA F., JORGE, Castro M., ALVARO., *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*. Editorial Lexis Nexis, Santiago, año 2007, pp. 104-113

²¹ Vid., BULLEMORE G., V.R., MAACKINNON R., JOHN, *Derecho Penal*, Tomo I, Parte General. Editorial Lexis Nexis, 2005 santiago pp. 88.

4.2.- Fundamento del principio constitucional de irretroactividad en materia penal.

El fundamento del principio de irretroactividad de las leyes penales lo encontramos en el principio de legalidad o de reserva legal. Su origen se remonta en Francia a fines del siglo XVIII, recogido en el artículo 8º la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano²² manifestación y consagración explícita del aforismo “nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali”.²³

En nuestro país, Enrique Cury²⁴ sostiene que el principio de irretroactividad de las leyes penales “constituye una derivación del principio de reserva o legalidad, el que solo puede regir eficazmente sobre tal base”.

En este mismo sentido Garrido Montt señala “que el principio general es que todo delito debe juzgarse con la ley que estaba vigente al tiempo de su ejecución”²⁵, quien agrega además que el fundamento de este principio general lo encontramos en la noción de seguridad jurídica, “el ciudadano debe tener conciencia, al tiempo de incurrir en la conducta prohibida, de que contraviene el ordenamiento jurídico y debe estar en condición de conocer las consecuencias que ello le acarrea”²⁶.

Sin la existencia de este principio, “nada impediría al legislador caer en la tentación de introducir a posteriori preceptos penales o de agravar los existentes”²⁷, es por ello que la irretroactividad de la ley penal es considerada por alguna doctrina como un derecho fundamental²⁸, consagrado y reconocido no solamente en la Constitución Política de Chile, sino que también en diversos tratados y convenios internacionales.

En España, Luzón Peña reafirma lo anteriormente expuesto, al sostener que el fundamento del principio de irretroactividad la ley penal se encuentra vinculado al significado material de la garantía del principio de legalidad, el cual implica el respeto irrestricto a la garantía de seguridad jurídica; esta última, se vería seriamente vulnerada en caso que los ciudadanos sean sorprendidos a posteriori con una prohibición desconocida en el momento en que ellos actúan, por lo tanto, aunque la ley más reciente represente la nueva valoración jurídica de una conducta determinada, aplicarla a situaciones anteriores a su entrada en vigencia quebrantaría irreparablemente el principio de seguridad jurídica, garantía esta última que debe respetarse dentro de un Estado de Derecho.²⁹

²² Artículo 8º Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano “VIII. La ley no debe imponer otras penas que aquellas que son evidentemente necesarias; y nadie debe ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad a la ofensa y legalmente aplicada”:

²³ Vid. JIMENEZ DE ASUA, L. *Tratado de Derecho Penal, Tomo Filosofía y Ley Penal*, 5ª edición actualizada editorial losada S.A., Buenos Aires, año 1992, pp. 608 – 617.

²⁴ CURY, E, *Derecho Penal, Parte General*, séptima edición ampliada, 2005.P.. 227

²⁵ GARRIDO MONTT, MARIO, *op. cit.*, p.105.

²⁶ *Ídem*, p. 106

²⁷ POLITOFF L., SERGIO, MATTUS, JEAN PIERRE, RAMIREZ G., MARIA CECILIA, *Lecciones de derecho penal chileno...*, *op. cit.* p.125.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Cfr., LUZON PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, editorial Universitas S.A., Madrid, 1996, pp. 179-180.

En Alemania, Roxin postula que aunque es difícil fundamentar la irretroactividad de las leyes penales en el principio de división de poderes, forzosamente deriva su reconocimiento de otras raíces del principio de legalidad; el objeto de estos principios no podría ser otro que, evitar que el legislador dicte leyes ad hoc, viéndose presionado o tentado a imponer nuevas sanciones a hechos ya regulados por las leyes, bajo la impresión de hechos particularmente escandalosos, o bien para acallar estados de alarma o contener momentos de excitación política³⁰, indeseables para el gobierno de turno.

Oliver Calderón, luego de analizar los diversos fundamentos que ha elaborado la doctrina en relación al principio de irretroactividad de las leyes penales, llega a la conclusión que el sector dominante que acude a la seguridad jurídica para explicar este principio, es el verdadero basamento de la irretroactividad penal.³¹ Este autor expone y refuta cada uno de los fundamentos desarrollados por las distintas corrientes del derecho y especialmente por los tratadistas del derecho penal; el principio de culpabilidad, teorías de la prevención general, de la retribución, de los derechos adquiridos, razones de justicia, entre otros, han sido algunos de los fundamentos descartados por Oliver Calderón para explicar el por qué de este principio³²; mención especial merece el principio de legalidad penal, el cual según este autor - a diferencia de lo sostenido por gran parte de la doctrina - tampoco se puede considerar válido para fundar la irretroactividad de las leyes penales, ya que a través de él, lo único que se logra constatar es que, forma parte del principio de legalidad penal la exigencia de que las leyes penales sean irretroactivas, lo que a su juicio no se puede considerar fundamento suficiente para sostener que las leyes penales deben ser irretroactivas, es decir, no se esclarece cual es el fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal.³³

Como ya lo mencionamos, la seguridad jurídica es el fundamento de la irretroactividad en materia penal para este autor; sin embargo, realiza una aclaración al respecto al precisar que la seguridad jurídica admite dos concepciones: una objetiva y otra subjetiva³⁴; según la primera noción – la seguridad jurídica – involucra una exigencia de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones, y según la segunda concepción, la seguridad jurídica debe entenderse como el conocimiento del derecho que deben tener los destinatarios de las normas jurídicas. Esta última concepción es la que – según Oliver Calderón - justifica la aplicación del principio de irretroactividad de las leyes penales, ya que la noción objetiva – agrega - solo es necesaria para hacer realidad la concepción subjetiva, contribuyendo a que los ciudadanos tengan conocimiento del derecho; en definitiva, la consagración de la irretroactividad de las leyes penales garantiza que los ciudadanos puedan calcular la calificación jurídico penal de sus actos, tomando en consideración las normas vigentes al momento en que se

³⁰ Cfr., ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte general: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid, Civitas, 1997, p. 161.

³¹ Cfr., OLIVER CALDERON, GUILLERMO, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p.98.

³² *Ídem*, pp. 74-98.

³³ *Ídem*, pp. 96-97.

³⁴ *Ídem*, pp. 104-105.

realizan, conociendo el derecho que se aplica en un determinado caso, pues admitir lo contrario significaría que ellos no podrían prever las consecuencias que acarrearían sus actos, contraviniendo la concepción subjetiva de la seguridad jurídica.³⁵

4.3.- Alcance de la irretroactividad de las leyes penales

Haremos una breve revisión de los efectos prácticos que genera el reconocimiento de este principio, examen conciso atendido la circunstancia que no constituye el objeto de esta investigación desarrollar extensamente su tratamiento.

De acuerdo a lo señalado por la doctrina, podemos clasificar en dos ámbitos el alcance del principio de irretroactividad de las leyes penales:

4.3.1.- Aquellos cuyo alcance es reconocido indiscutiblemente por la doctrina, y

4.3.2.- Aquellos cuyo reconocimiento es debatido por la doctrina.

4.3.1.- Respecto al primer grupo, la doctrina es uniforme en considerar que los tipos penales de la parte especial, las penas asignas a estos tipos penales, y las disposiciones de la parte general de los códigos penales³⁶(derecho penal material), se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la irretroactividad de las leyes penales. Así por ejemplo, si se crea un nuevo tipo penal especial - que no existía antes en el ordenamiento jurídico- la nueva ley es irretroactiva, ningún sector de la doctrina ni legislación alguna podrían sostener que el acto perpetrado durante la antigua normativa, debe ser juzgado de acuerdo a la ley nueva; e incluso el sector positivista del derecho, que es el principal defensor de la retroactividad de la ley nueva, “se inclina ante este principio elemental de justicia y libertad”³⁷.

4.3.2.- Por otro lado, existen ámbitos en los cuales la aplicación del principio de irretroactividad de las leyes penales es controvertido, y objeto de extensas discusiones doctrinales, nos referiremos solo a algunos de ellos de manera ilustrativa:

- 1) *Las medidas de seguridad*³⁸: tanto la doctrina como la legislación en las mayoría de los casos – a excepción del caso alemán³⁹ - están de acuerdo en sostener que las medidas de seguridad deben someterse al principio de irretroactividad de las leyes penales.⁴⁰

³⁵ *Idem*, pp. 123-129.

³⁶ *Idem*, p. 134.

³⁷ JIMÉNEZ DE ASUA, L., *op. cit.*, p. 626

³⁸ Las medidas de seguridad importan una intromisión caótica en la libertad del individuo, cuya aplicación retroactiva genera automáticamente la imposibilidad que los ciudadanos conozcan el derecho y puedan de esta forma, prever las consecuencias jurídicas de sus actos.

³⁹ Artículo 2 número 6º del Código Penal Alemán prescribe que “Cuando no se ha determinado legalmente otra cosa, de las medidas de corrección y seguridad se han de decidir conforme a la ley que rija al tiempo de la decisión”; a partir esta norma se desprende que no es aplicable la ley vigente al momento de la comisión del delito, sino que aquella vigente al tiempo en que es juzgado el hecho y sometido a la decisión del juez. Esta es la consagración de la retroactividad de las normas que modifican las medidas de seguridad en el sistema penal Alemán.

⁴⁰ *Vid.* CURY, E., *op. cit.* p. 235, OLIVER CALDERÓN, GUILLERMO, *op. cit.* p. 161.

- 2) *Las leyes penales en blanco*⁴¹: estas normas jurídicas se rigen por los mismos principios que las leyes penales generales, consecuentemente el principio de irretroactividad absoluta de las leyes penales también es aplicable; esta es la posición doctrinal mayoritaria, sostenida por Garrido Montt y por Bustos Ramírez, entre otros⁴².
- 3) *Normas que regulan los elementos normativos del tipo*⁴³: La doctrina que ha debatido sobre este asunto es escasa, y quienes lo han hecho se manifiestan mayoritariamente en hacer extensible el principio de irretroactividad de las leyes penales a los elementos normativos del tipo⁴⁴, debido principalmente a que ellas conllevan a una ampliación en el ámbito de lo punible o agravación de la responsabilidad penal, y por ende su modificación en perjuicio del imputado no puede aplicarse con efectos retroactivos⁴⁵. Distinta opinión es la expresada por Oliver Calderón, para quien la valoración de los elementos normativos del tipo es una cuestión de interpretación judicial, que debe analizarse desde la perspectiva de la irretroactividad de las variaciones en las interpretaciones jurisprudenciales.⁴⁶
- 4) *Leyes procesales penales*: respecto a estas normas jurídicas la doctrina igualmente se encuentra dividida, sin embargo, la posición dominante sostiene que las leyes procesales se aplican desde su promulgación para juzgar los hechos ya perpetrados⁴⁷, operando en su máxima expresión el aforismo *tempus regit actum*⁴⁸; en otras palabras, se acepta en este caso la aplicación retroactiva de las leyes procesales penales, y no se hace extensible el respeto de la garantía del principio de irretroactividad de las leyes penales. Hay quienes discrepan de la opinión anterior, y consideran que cuando un delito es juzgado conforme a una ley procesal posterior y mas severa que la vigente a la fecha de comisión, (esta la idea sostenida por la posición mayoritaria) no estamos ante la aplicación retroactiva de la ley procesal penal, porque los actos procesales se estarían sujetando a la ley procesal vigente en el momento de su realización, cuestión distinta sería si aplicamos una nueva ley procesal a actos procesales ya realizados, modificándolos y adecuándolo a la nueva ley, ante este escenario, estaríamos frente a un caso de

⁴¹ En términos generales entendemos por leyes penales en blanco, aquellas en las cuales el supuesto de hecho o la sanción del tipo penal se encuentran total o parcialmente incompletos, remitiéndose a otra norma del ordenamiento jurídico para complementarlo. Pueden remitirse a una ley de jerarquía inferior o a otra de la misma para lograr su objetivo; en el primer caso estamos frente a las leyes penales en blanco propias y en la segunda situación ante las impropias

⁴² Vid., GARRIDO MONTT, MARIO, *op. cit.* p. 113, BUSTOS RAMIREZ, JUAN, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, 2º edición, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, p. 398.

⁴³ estos elementos son aquellos que requieren una valoración para determinar si concurren o no en un caso determinado, debiéndose realizar – la valoración - a partir de una norma jurídica

⁴⁴ Vid., BUSTOS RAMIREZ, JUAN, *op. cit.* p. 398.

⁴⁵ Cfr. OLIVER CALDERÓN GUILLERMO, *op., cit.* pp. 143-147.

⁴⁶ *Idem*, p. 149.

⁴⁷ Vid., JIMÉNEZ DE ASUA, L., *op. cit.*, p. 666, GARRIDO MONTT, MARIO, *op. cit.* 108.

⁴⁸ La traducción literal de este aforismo es: “el tiempo rige el acto”. Según ella la norma aplicable es la vigente al momento de la realización del acto procesal.

aplicación retroactiva y no sería extensible el principio de irretroactividad de las leyes penales.⁴⁹

5.- EFECTO RETROACTIVO DE LA LEY FAVORABLE AL REO

5.1.- Fundamento

El efecto retroactivo de la ley favorable al imputado, como principio, se encuentra consagrado dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en la Constitución Política de la República y en el Código penal; en este mismo sentido tanto la doctrina como la legislación comparada en su mayoría consideran – al igual que la garantía general de irretroactividad penal – que estamos frente a un derecho fundamental, que debe ser respetado dentro de todo Estado Constitucional de Derecho.

A pesar de lo señalado en el párrafo anterior, los fundamentos elaborados por la doctrina para explicar el por qué de este principio – aun cuando existe una posición dominante - no son uniformes.

Bustos Ramírez⁵⁰, funda la aplicación de esta garantía constitucional en dos principios: en el principio de legalidad y en el principio de necesidad de la intervención penal. En cuanto al principio de legalidad, este autor afirma que una de sus manifestaciones más concretas, es el respeto de la *lex praevia*, a través del cual se busca impedir que el Estado cometa arbitrariedades en la aplicación de las leyes penales, restringiendo los derechos y libertades de los individuos; por ende, la aplicación retroactiva de las leyes favorables al imputado, tiende a moderar esta intervención abusiva del Estado y a evitar que se cometan arbitrariedades. En cuanto a la necesidad de intervención estatal, este jurista señala que la ley posterior más favorable es expresión de la intervención estatal y su necesidad de regular determinados hechos, pero que en este caso, el Estado – al aplicar retroactivamente una ley - ha resuelto morigerar su intervención, evitando la arbitrariedad y el abuso.

Por su parte, Luzón Peña señala que el fundamento de este principio “responde principalmente al cambio de valoración jurídica en sentido desincriminador o atenuatorio que expresa la nueva ley, por lo que parece más *justo*...aplicarla también a los hechos anteriores, tratándolos igual que a los cometidos con posterioridad, y más adecuado puesto que ya *no parece necesario* ... penar, o penar tanto, tales conductas; además tal retroactividad tiene un sentido humanitario o pietista, similar al de otras regulaciones o construcciones de orientación *pro reo*. Y aquí, a diferencia de lo que sucede cuando la nueva ley es desfavorable, no se opone a la retroactividad la posible infracción de las garantías para la seguridad jurídica por no aplicar la ley vigente durante el hecho”⁵¹. Como vemos, este jurista no se circunscribe a ningún principio en

⁴⁹ *Vid.*, OLIVER CALDERÓN GUILLERMO, *op. cit.* pp. 208-209.

⁵⁰ *Cfr.* BUSTOS RAMIREZ, JUAN, *op. cit.* p. 398.

⁵¹ LUZON PENA, DIEGO-MANUEL, *op. cit.* p. 183.

específico para fundamentar la aplicación retroactiva de las leyes penales favorables, remitiéndose a recoger los diversos argumentos elaborados por la doctrina para fundar este principio.

En sentido distinto Oliver Calderón⁵² señala que el fundamento de la aplicación retroactiva de las leyes penales más benigna “es el principio de proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de exceso”⁵³; de este modo, si una nueva ley promulgada después de cometido un delito, regula el hecho punible de manera distinta a como lo hace la ley antigua y establece una pena más beneficiosa para el imputado, aplicar la pena contenida en la ley anterior, no sería recomendable, pues ella ya no cumpliría con ningún efecto de prevención general ni especial, infringiendo el principio de proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de exceso, porque la conducta se sancionaría por una pena que no es “idónea para el fin de prevención de delitos, ni necesaria para el mismo fin, ni estrictamente proporcionada”⁵⁴

⁵² OLIVER CALDERÓN GUILLERMO, *op. cit.* p. 321

⁵³ Para este autor, el principio de proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de exceso, incluye tres exigencias: idoneidad o adecuación a fin, necesidad de la pena, y una adecuada relación entre la gravedad del delito cometido y la pena impuesta. La idoneidad o adecuación a fin, consiste en que los medios utilizados por el Estado deben ser eficaces para el logro de lo deseado. En segundo término, la necesidad de la pena significa que la intervención penal debe causar el menor daño posible y no debe ir más allá de lo indispensable para alcanzar el fin que se persigue. Y por último, la adecuada relación entre la gravedad del delito cometido y la pena impuesta, es lo que la doctrina llama la proporcionalidad en sentido estricto, que básicamente conlleva a la exigencia de que exista una armónica relación entre la gravedad del delito y la gravedad de la sanción penal.

⁵⁴ *Idem*, p.322.

CAPITULO SEGUNDO

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1.- ANTECEDENTES GENERALES

En nuestro país, el Tribunal Constitucional exterioriza su labor a través de resoluciones⁵⁵, pero fundamentalmente y en lo que ha esta investigación interesa, lo realiza por medio de sentencias constitucionales.⁵⁶

Las sentencias – en términos generales - son concebidas como resoluciones judiciales que tienen por objeto resolver un conflicto sometido al conocimiento de un tribunal.

Sin embargo, las sentencias del Tribunal Constitucional no resuelven un conflicto cualquiera, sino que ellas deciden acerca de un conflicto de naturaleza constitucional, lo que principalmente se debe a la atribución que a este órgano se otorga, cual es – según lo señala Hans Kelsen⁵⁷ – ser el “defensor de la Constitución”.

De ahí que la doctrina tanto nacional como extranjera, reconozca en ella características especiales que la diferencian de las demás sentencias judiciales; en este sentido José Fernández⁵⁸, señala que el tema de las sentencias constitucionales y de su tipología es un asunto complejo, comenzando por su naturaleza misma, ya que ella varía según el ordenamiento jurídico en el que nos encontremos.

2.- NATURALEZA JURIDICA DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Es sabido que la doctrina analiza la naturaleza de las sentencias del Tribunal Constitucional, comparando las resoluciones de este órgano, con aquellas reguladas por el derecho procesal común, y acude para ello a la clasificación de las resoluciones judiciales establecida en el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, remitiéndose especialmente a

⁵⁵ Artículo 94 inciso 1º Constitución Política de la República “Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional...”

⁵⁶ Artículo 94 inciso 4º Constitución Política de la República “Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de todo o parte de una ley...”

⁵⁷ Cfr., KELSEN, HANS, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Estudio Preliminar de Guillermo Gasió, Traducción y notas de Roberto J. Brie, Supervisión Técnica de Eugenio Bulygin, Editorial Tecnos, S.A., 1995, Madrid, p. 3.

⁵⁸ Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ LUCIO *La justicia Constitucional Europea ante el siglo XXI*, editorial Tecnos, año 2003, Madrid p. 106.

las sentencias definitivas⁵⁹. Sin embargo, existen autores entre los cuales destaca Gómez Bernales, quienes sostienen que no resulta satisfactorio filiar ninguna de las resoluciones del derecho común, a las resoluciones del Tribunal Constitucional; así por ejemplo, respecto a la sentencia definitiva (que suele ser la de mayor similitud con la sentencia constitucional) rechaza su asimilación debido a que el mismo Código de Procedimiento Civil en su artículo 158 entrega una definición de sentencia definitiva que no se condice con la naturaleza de las sentencias del Tribunal Constitucional; dicha norma establece que lo principal de este tipo de resoluciones – de las sentencias definitivas – “es poner fin a la instancia”, cuestión que no se produce cuando el Tribunal Constitucional resuelve un conflicto, pues la instancia constituye un grado de conocimiento por parte del órgano jurisdiccional que versa tanto sobre los hechos como el derecho; por ende, siendo el Tribunal Constitucional un órgano autónomo que solamente realiza consideraciones sobre el derecho, no constituye una instancia, y por ello no es posible calificar su decisión como una sentencia definitiva en el sentido del derecho común⁶⁰. No obstante lo señalado, este autor igualmente concluye que las resoluciones sobre constitucionalidad dictadas por el Tribunal Constitucional, son sentencias, pero no constituyen sentencias definitivas en el sentido del derecho común, sino que son sentencias atípicas.⁶¹

El análisis desarrollado por Gómez Bernales, no es del todo correcto, pues el Tribunal Constitucional igualmente conoce acerca de los hechos, tal como lo hacen los demás tribunales de justicia, pues, a pesar que el procedimiento de control de constitucionalidad de preceptos legales no contemple una etapa de prueba, el Tribunal Constitucional de todos modos abre un termino para rendirla, tal como sucedió en el conocido caso de la “píldora del día después”.

Por otra parte, la doctrina señala que determinar cuál es la naturaleza jurídica de las sentencias del Tribunal Constitucional, es una tarea compleja, pues estas poseen características específicas que la distinguen de las demás sentencias existentes dentro del ordenamiento jurídico, diferencias que están dadas principalmente por la naturaleza de las decisiones adoptadas, pudiendo dentro del ámbito de la jurisdicción constitucional, modificar el ordenamiento jurídico, reestablecer los derechos fundamentales o incluso delimitar el ámbito de competencia de los órganos del poder público⁶².

Cada Constitución entrega al Tribunal Constitucional un ámbito de competencias dentro del cual se desenvuelve y ejerce sus funciones; atribuciones tan disímiles como el control de constitucionalidad de las leyes, la defensa de los derechos fundamentales, la resolución de conflictos de competencia entre los poderes del Estado, el control sobre los partidos políticos, el control de constitucionalidad sobre los tratados internacionales, generan por parte del Tribunal

⁵⁹ Artículo 158 Código de Procedimiento Civil “Las resoluciones judiciales se denominaran sentencias definitivas, sentencias interlocutorias, autos y decretos. Es sentencia definitiva la que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio...”

⁶⁰ Cfr. GÓMEZ BERNALES, GASTÓN, “Estudios Sobre Jurisdicción Constitucional”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, Febrero 1996, pp.194-195

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Vid., RIVERA SANTIBÁÑEZ JOSÉ ANTONIO “Los Efectos de las Sentencias Constitucionales en el Ordenamiento Jurídico Interno”, en *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Año 4 N° 2, Noviembre 2006, p. 586.

Constitucional pronunciamientos disímiles que deben ser capaces de otorgar una solución acorde a la controversia sometida a su decisión.

A lo anterior se agrega - según lo señala Fernández Rodríguez⁶³ - una tendencia creciente en el ámbito de la justicia constitucional, en ampliar las competencias del Tribunal Constitucional, abarcando atribuciones que van mucho más allá de lo previsto en el modelo originario Kelseniano; por ejemplo, el control de constitucionalidad de normas infralegales, y el control de legalidad que busca examinar la adecuación de una norma infralegislativa a la ley, son atribuciones que en el último tiempo se han incorporado dentro de la esfera de competencia del Tribunal Constitucional, las cuales -según la opinión de este autor – son funciones más propias de la justicia ordinaria y no de la justicia constitucional.⁶⁴

En definitiva, los Tribunales Constitucionales⁶⁵ y en especial el Tribunal Constitucional chileno⁶⁶ tienen una amplia gama de atribuciones, respecto de las cuales se generan también una gran variedad de sentencias, por lo que definir la naturaleza jurídica de cada una de ellas o tratar de elaborar una concepción única que las comprenda a todas, es una labor extensa y compleja que no forma parte de esta investigación. A pesar de lo dicho anteriormente, si intentaremos definir la naturaleza jurídica de una clase de estas sentencias emanadas del Tribunal Constitucional, ya que su esclarecimiento influye determinadamente en los efectos que pretendamos atribuir a las sentencias de este órgano; hablamos de las sentencias emanadas del Tribunal Constitucional al pronunciarse acerca de una “cuestión de inconstitucionalidad”.

3.- LA SENTENCIA EN LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

La reforma constitucional realizada en el año 2005, incorporó nuevas competencias al Tribunal Constitucional, concentrando en éste órgano la función de control de constitucionalidad de las leyes; para ello trasladó desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional la atribución de declarar inaplicable las leyes vigentes que sean contrarias a la Constitución; introdujo además un mecanismo de control, inexistente hasta ese momento dentro de nuestro ordenamiento jurídico, consistente en facultar al Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, que haya sido declarado inaplicable previamente por este mismo órgano.

Aunque el Tribunal Constitucional ya tenía competencia para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, esta se limitaba solamente a un control preventivo o ex

⁶³ Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. L. *op. cit.* p 64.

⁶⁴ *Idem.* pp. 65-91.

⁶⁵ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. L. *op. cit.* p 64 - 91

⁶⁶ Vid. COLOMBO CAMPBELL, JUAN “Tribunal Constitucional: Integración, Competencia y Sentencia” en Zúñiga, F. (coord.), *Reforma Constitucional*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 556-575; RIOS A., L., “El poder del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Tomo I, volumen 69, año 2007, pp. 330-405; NOGUEIRA A., HUMBERTO, “Tribunal Constitucional: Integración, Competencia y Sentencia” en Zúñiga, F. (coord.), *Reforma Constitucional*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005 pp. 593-601

ante de constitucionalidad, cuyo objeto de control eran los proyectos de ley; la innovación de esta nueva forma de control radica entonces, en que ahora es posible declarar inconstitucional un precepto legal que se encuentre *vigente* dentro del ordenamiento jurídico, instaurándose por primera vez un control de constitucionalidad represivo o *ex post* de constitucionalidad con efectos generales o *erga omnes*. Lo anterior, podría rebatirse sosteniendo que la acción de inaplicabilidad igualmente es un control represivo de constitucionalidad, el cual ya se encontraba como forma de control de constitucionalidad de las leyes, sin embargo, la diferencia se presenta al momento de definir los efectos de estas dos formas de control, ya que a través del recurso de inaplicabilidad sólo se busca que el precepto inconstitucional no sea aplicable a un caso concreto, por lo tanto dicha declaración solo tiene efecto entre las partes; mientras que, por medio de la declaración de inconstitucionalidad si finalmente se determina que una norma es contraria a la Constitución, lo que se logra es la expulsión del precepto impugnado – hasta ese momento vigente - del ordenamiento jurídico, para lo cual se dicta una sentencia con efectos generales, la que debe ser respetada por los particulares y por todos los poderes públicos.

La incorporación de esta nueva forma de control constitucional, no ha estado exenta de críticas y discusiones doctrinales; la principal objeción que se realiza a esta nueva atribución del Tribunal Constitucional, se centra en el requisito previo que exige la Constitución Política de la Republica para entablar la cuestión de inconstitucionalidad, pues requerir que el precepto cuya constitucionalidad se discute, haya sido previamente declarado inaplicable en un caso concreto (por el mismo Tribunal Constitucional), limita enormemente las posibilidades para recurrir a su utilización, de ahí que la doctrina haya denominado esta forma de control como un “instituto híbrido de inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad”.⁶⁷

3.1.- Formas que puede adoptar la sentencia del Tribunal Constitucional al resolver acerca de una cuestión de inconstitucionalidad

Cuando el tribunal Constitucional emite una sentencia pronunciándose acerca de una cuestión de inconstitucionalidad, se pueden presentar tres de escenarios:

- En primer lugar, que la sentencia sea *desistimatoria de la pretensión de inconstitucionalidad*, resolviendo que no existe contradicción alguna entre las normas sometida a su análisis;
- En segundo lugar, que la sentencia sea *estimatoria de la pretensión de inconstitucionalidad*, constatando que se presenta una transgresión de las normas constitucionales;
- y por último, que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sea *parcialmente estimatoria-desistimatoria de la pretensión de inconstitucionalidad*, aceptándola en una parte y rechazándola en otra.

⁶⁷ ZÚÑIGA U., F., “Control de Constitucionalidad y sentencia”, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional, numero 35, año 2007 p. 85.

De los tres tipos de pronunciamientos, los que generan mayores modificaciones dentro del orden Legal y Constitucional vigente, son las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad, pues ellas al declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal traen aparejado inevitablemente su eliminación dentro del ordenamiento jurídico.

Su aplicación, sus efectos e incluso su naturaleza han sido objeto de discusiones doctrinales y jurisprudenciales, que intentan entregar soluciones a los problemas jurídicos que generan este tipo de sentencias, problemas que surgen desde el momento mismo en que ellas son pronunciadas por el Tribunal Constitucional.

Reviste vital importancia entonces definir la naturaleza jurídica de las sentencias estimatorias del Tribunal Constitucional, ya que de ella derivan los efectos y alcances dentro del ordenamiento jurídico.

3.2.- Naturaleza jurídica de las sentencias en la cuestión de inconstitucionalidad.

En cuanto a la naturaleza de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad, se han desarrollado principalmente dos corrientes; por un lado, quienes consideran que las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad constituyen un acto normativo; y por otro lado, aquellos que ven en estas sentencias verdaderos actos procesales.

Quienes se adhieren a la primera corriente, consideran que la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad constituye un acto normativo, una forma de creación de derecho, entendida esta última no en el sentido de incorporar una ley al ordenamiento jurídico, sino que en el sentido inverso; esta sentencia estimatoria “destruye una norma general, pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica”⁶⁸, oficiando el Tribunal Constitucional – tal como Kelsen lo señala - como “legislador negativo”⁶⁹.

Esta expresión Kelseniana de legislador negativo, es explicada por el profesor español Pérez Royo, en los siguientes términos: “la sentencia en estos procedimientos es una *decisión negativa*, mediante la cual el Tribunal Constitucional constata que la interpretación inicial de la Constitución efectuada por el legislador al aprobar la ley *no es correcta* y que *está en contradicción* con la voluntad manifestada en su día por el constituyente al aprobar el texto constitucional en los términos en que lo hizo.”⁷⁰

A través de este acto normativo, la sentencia innova dentro del ordenamiento jurídico, pues antes de ser dictada, la ley cuya validez se discute, es perfectamente eficaz, debiendo ser aplicada mientras no se pronuncie en sentido contrario el Tribunal Constitucional. Es más, producto del examen de constitucionalidad de las leyes, las sentencias del Tribunal

⁶⁸ KELSEN, H., *op. cit.* pp. entre 35 - 39

⁶⁹ *Ibidem.*

⁷⁰ PEREZ ROYO, J. “Curso de Derecho Constitucional”, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Séptima edición, Madrid 2000, p.944.

Constitucional operan como fuentes del derecho⁷¹, cuestión que no se produce cuando este órgano se pronuncia acerca de otras materias sometidos a su conocimiento.

En sentido diverso se manifiestan quienes sostienen que la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad es un acto procesal⁷², para ellos, su análisis ha sido objeto de un estudio justificado históricamente, pero que en la actualidad es inoperante; dicho examen siempre se ha realizado desde una perspectiva sustancial, como acto normativo, olvidándose la naturaleza procesal que la sentencia del Tribunal Constitucional presenta, lo cual genera – según Carmen Blasco – entre otras consecuencias, que los efectos de las sentencias se proyecten en el acto normativo y no en el proceso; que no haya conexión entre la sentencia como decisión genérica y abstracta con el proceso de origen; e incluso se señala que, negar la naturaleza procesal del pronunciamiento estimatorio de inconstitucionalidad, conduce a negar su naturaleza de sentencia.⁷³

Para este sector la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad es principalmente *un acto procesal*, una decisión definitiva que pone término a un proceso constitucional⁷⁴, por ende, los criterios que se deben utilizar para su definición, han de ser procesales; tanto para definir su estructura, esclarecer su naturaleza, establecer sus requisitos y delimitar sus efectos en el tiempo.⁷⁵

Volveremos sobre esta discusión más adelante cuando analicemos los efectos temporales de las sentencias estimatorias del Tribunal Constitucional, ya que considerar esta sentencia un acto procesal o un acto normativo influye notablemente al momento de definir los efectos en el tiempo de estas sentencias.

3.3.- Efectos de las sentencias en la cuestión de inconstitucionalidad

3.3.1.- Vinculación

Como primera aproximación, se puede señalar que las sentencias estimatorias del Tribunal Constitucional acarrearán una vinculación general, lo que conlleva su imposición a todos los poderes públicos.⁷⁶

La vinculación de los órganos e instituciones del Estado a las sentencias del Tribunal Constitucional, constituye una manifestación del juego entre los principios de seguridad jurídica y la necesidad de evitar el establecimiento de un sistema rígido de precedentes, pues si esto último se permitiera, impediría la adaptación de sus soluciones ante una nueva realidad.⁷⁷

⁷¹ Vid., PIZZORUSSO, A., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tomo II, Centro de Estudios Constitucionales, 3ª Edición, Madrid, 1984, p. 338.

⁷² Vid., COLOMBO CAMPBELL, JUAN, *op. cit.* p. 576-592.

⁷³ Cfr. BLASCO SOTO, CARMEN, *La Sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, José Mª Bosch Editor S.A., Barcelona, 1995, pp.17-18.

⁷⁴ Vid., FERNÁNDEZ SEGADO, F., “*El Sistema Constitucional Español*”, Editorial Dykinson, Madrid, 1992, p. 1077.

⁷⁵ Vid., BLASCO SOTO, CARMEN, *op. cit.*, p. 21.

⁷⁶ Vid., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. L. *op. cit.* p.108.

⁷⁷ Vid., GÓMEZ BERNALES, GASTÓN, *op. cit.* 224.

En nuestro país, la doctrina señala que este efecto de vinculación general de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad es recogido implícitamente en el artículo 94 inciso 1º de la Constitución Política de la República⁷⁸, y reafirmado en el artículo 32 de la Ley 17997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional⁷⁹: dichas normas prescriben que “contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno”. Ello se desprende principalmente de la circunstancia que las sentencias del Tribunal Constitucional son sentencias de instancia única, que emanan del “órgano jurisdicтор supremo intérprete de la Constitución, autónomo e independiente de todo otro órgano o poder”⁸⁰

En España la vinculación de los poderes públicos a las sentencias del Tribunal Constitucional se encuentra expresamente señalada en el artículo 87.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al prescribir que “todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva”.

Ahora que ya sabemos que las sentencias del Tribunal Constitucional son vinculantes, es necesario precisar qué es lo vinculante de dichas resoluciones para los órganos del Estado; ¿es vinculante sólo la parte dispositiva o fallo, o también es vinculante para los dichos órganos la ratio decidendi o exposición de motivos de la sentencia?

En España el asunto se encuentra resuelto por la Ley Orgánica del Poder Judicial⁸¹ y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁸², las cuales han hecho que la discusión se haya ido decantando en aceptar que ambas partes de la sentencia deban ser observadas por los órganos públicos y en especial por los tribunales de justicia, ello debido a que el Tribunal Constitucional no sólo realiza una función de eliminación de normas del ordenamiento jurídico, sino que también se erige como el intérprete último de la Norma Suprema; e incluso se llega a sostener que el razonamiento expuesto en la sentencia, es mucho más importante que la decisión del caso en concreto.⁸³ De este modo surge la noción de fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional española, debiendo los demás tribunales y también el mismo Tribunal Constitucional respetar sus precedentes judiciales. Cabe precisar al respecto, que dicha noción

⁷⁸ Artículo 94 inciso 1º Constitución Política de la República “Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede, el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido”

⁷⁹ Artículo 32 de la Ley 17997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional “Contra las resoluciones del Tribunal no procederá recurso alguno. El Tribunal de oficio o a petición de parte, podrá modificar sus resoluciones solo si se hubiese incurrido en algún error de hecho que así lo exija”.

⁸⁰ ZÚÑIGA URBINA, F. *op. cit.*, p. 96.

⁸¹ Artículo 5º.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España 6/1985 “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

⁸² Artículo 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España 2/1979 “En todo caso, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída en leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelven recursos y cuestiones de inconstitucionalidad.”

⁸³ *Vid.*, FERNÁNDEZ SEGADO, F., *op. cit.*, p. 1078, GÓMEZ BERNALES, GASTÓN, *op. cit.* 224, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. L. *op. cit.* p.108.

encuentra su fundamento en el derecho a la igualdad de la persona en la aplicación de la ley, y en el principio de seguridad jurídica.⁸⁴

En Chile, no existe disposición legal ni constitucional que aborde esta problemática. Durante el año 2005, cuando surgió la discusión sobre la reforma de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, se introdujo una norma que abordaría el asunto entregando las herramientas necesarias para definir qué es lo vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional chileno, reconociendo – en términos generales - que dicho Tribunal quedaría vinculado por sus precedentes; sin embargo, a poco andar el proyecto, este artículo fue eliminado, no siendo incorporado en el texto definitivo aprobado por el Congreso.⁸⁵

Pese a ello, en nuestro país el sector mayoritario de la doctrina se adhiere a la idea que la vinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional implica también que los órganos del Estado quedan sujetos a lo dispuesto en la *ratio decidendi* o exposición de motivos del fallo o sentencia, asunto que según dicho sector debiera incluso estar regulado en la Ley Orgánica Constitucional del órgano antes mencionado. El profesor Cea comulga con esta idea, indicando que existen varios argumentos por los cuales se debe adherir a esta posición, entre los cuales destaca, “el ligamen indisoluble que existe entre el razonamiento y la determinación fundada en él, así como la pobreza sustantiva y naturaleza mecánica que encierra conformarse con un mero *dictum final*”⁸⁶.

En este mismo sentido resulta importante señalar lo expuesto por el profesor Humberto Nogueira, para quien *ratio decidendi* del fallo, como “argumentación relevante que lo fundamenta y determina la parte resolutive...” de la sentencia, “... debieran al menos ser criterio auxiliar para la aplicación del derecho por todos los órganos del Estado...”⁸⁷

Sin embargo, mientras no exista un cambio o una aceptación de la fuerza del precedente, o una inclusión de la jurisprudencia como fuente del derecho, en nuestro país no podrá ser considerada la *ratio decidendi* del fallo, obligatoria para todos los órganos del Estado.

3.3.2.- ¿Eficacia inter partes o erga omnes?

La sentencia estimatoria de inconstitucionalidad tiene efectos erga omnes, es decir, tiene efectos frente a todos los ciudadanos; ella al declarar la inconstitucionalidad de una ley, elimina un precepto legal del ordenamiento jurídico, lo que hace necesario que todos los ciudadanos respeten dicho pronunciamiento.

Esta idea, propia del modelo europeo constitucional kelseniano, encuentra su fundamento en quienes consideran que la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad

⁸⁴ Cfr. RIVERA SANTIBÁÑEZ JOSÉ ANTONIO, *op. cit.* pp. 590-592.

⁸⁵ Vid., ZUÑIGA URBINA, FRANCISO, *op. cit.*, p. 122.

⁸⁶ CEA EGAÑA, JOSE L. “El proyecto de reforma constitucional sobre los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la justicia ordinaria”, en *Estudios Constitucionales* año 3 N° 1, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, p. 69.

⁸⁷ NOGUEIRA ALCALA, HUMBERTO, “El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias”, en Zúñiga U., F (coord.), *Reforma Constitucional*, Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 624.

constituye un acto normativo en sentido negativo, debiendo ser eliminada la norma inconstitucional del ordenamiento jurídico.⁸⁸

Distinto es el caso de la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad, respecto de la cual el criterio mayoritario sostiene que esta tiene efectos inter partes, pues el determinar la conformidad de una ley con la Constitución, no modifica de manera alguna el ordenamiento jurídico⁸⁹(4), el cual permanece intacto; sostener lo contrario imposibilitaría a los ciudadanos plantear un nuevo requerimiento de inconstitucionalidad en un momento distinto y sobre supuestos fácticos diferentes.

3.3.3.- Cosa Juzgada

Se hace necesario en este caso distinguir entre sentencias estimatorias y desestimatorias de inconstitucionalidad para definir los alcances del efecto de cosa juzgada en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Hacemos presente que esta es una aproximación meramente doctrinal, ya que ni la Constitución Política de la República, ni la Ley Orgánica Constitucional de esta institución jurídica – como en muchas otras materias – contienen regulación alguna sobre el efecto de cosa juzgada de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional.

En relación a las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad, en general la doctrina señala que ellas gozan de autoridad de cosa juzgada, impidiendo por razones de seguridad jurídica que se vuelva a discutir sobre un asunto ya resuelto por el Tribunal Constitucional.

Cabe precisar, que para la doctrina procesal contemporánea no resulta correcto hablar del efecto de la cosa juzgada, sino que más bien de cualidad de cosa juzgada de las sentencias del Tribunal Constitucional; materialización del principio *non bis in idem*, a través del cual se prohíbe sancionar dos veces un mismo hecho.⁹⁰

Independiente de lo dicho en el párrafo anterior, la cualidad de cosa juzgada admite diversas modalidades, ella puede ser formal y material; o bien relativa y absoluta.

Cosa juzgada material: Las sentencias estimatorias del Tribunal Constitucional- como lo indicamos antes - conllevan el efecto de cosa juzgada, que en su dimensión material, impide que un asunto sea objeto de una nueva revisión en un juicio distinto. El Tribunal Constitucional se erige como intérprete último de la Constitución, por lo tanto no es posible que una misma cuestión de inconstitucionalidad sea revisada por los demás tribunales, debiendo estos últimos respetar lo resuelto por el Tribunal Constitucional; aceptar lo contrario, es decir que las sentencias estimatorias son recurribles ante otros tribunales, ya sean nacionales o supranacionales, implicaría que solo es predicable la dimensión formal de la cualidad de cosa juzgada de la sentencia estimatoria.

⁸⁸ COLOMBO CAMPBELL, JUAN, *op. cit.*, p 587.

⁸⁹ Cfr. MONTORO P., M., *Jurisdicción Constitucional y procesos constitucionales*, Tomo I Jurisdicción Constitucional y procesos de control de la constitucionalidad, Editorial Colex, Madrid, 1991.

⁹⁰ Cfr. RIVERA SANTIBÁÑEZ, JOSÉ ANTONIO, *op cit.* p. 587.

Cosa juzgada formal: a través de la dimensión formal se sostiene que contra la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad no es posible interponer recurso alguno, no puede ser objeto de impugnaciones por las partes. En nuestro derecho, ella siempre se presenta cuando el Tribunal Constitucional dicta una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, pues la misma Constitución Política de la República señala expresamente que contra ella, no procede recurso alguno, consagrando su inimpugnabilidad, pudiendo solo el mismo Tribunal Constitucional rectificar, de oficio, los errores de hecho en que hubiese incurrido al emitir su pronunciamiento estimatorio.⁹¹

En cuanto a las dimensiones *absoluta y relativa* de la cosa juzgada aplicada en las sentencias estimatorias del Tribunal Constitucional, podemos señalar que respecto a la primera de ellas – *cosa juzgada absoluta* – la doctrina señala que para atribuir esta dimensión a la sentencia, es necesario que el análisis de constitucionalidad de la norma haya sido realizado considerando todos los aspectos en que puede incidir el enunciado normativo, eliminando todas las eventuales razones de inconstitucionalidad que no se tuvieron en cuenta en la sentencia. En caso que este análisis no se hubiese realizado, la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad solo tendría el carácter de *cosa juzgada relativa*⁹².

En definitiva, cuando el Tribunal Constitucional resuelve acerca de la inconstitucionalidad de un precepto legal, sus sentencias producen cosa juzgada sustancial y absoluta, por lo cual el contenido de sus sentencias será inamovible y afectará a todos los habitantes de la Nación,⁹³ incluyendo a “todos los órganos del Estado y las personas, organizaciones y grupos regidos por la Constitución”⁹⁴

Ahora bien, en relación al pronunciamiento desestimatorio de la cuestión de inconstitucionalidad, Humberto Nogueira señala que esta sentencia del Tribunal Constitucional “es *imperativa*, pero no es *definitiva ni inmutable*”⁹⁵, ello implica que puede volver a interponerse una acción de inconstitucionalidad, en el mismo proceso pero en otra fase; o también podría enervarse por otra vía procesal, así por ejemplo, declarado constitucional un determinado precepto legal a través de un control a priori, nada impide que posteriormente se solicite su declaración de inconstitucional vía un control a posteriori de constitucionalidad; es posible además que se presenten diversas acciones, en las “que pueden hacerse valer diversas hipótesis de inconstitucionalidad concretas que antes no se habían hecho valer por quienes fueron afectados por ellas”⁹⁶.

⁹¹ Vid., NOGUEIRA A., H., *op. cit.* pp. 605-606.

⁹² Vid., NOGUEIRA A., H., “Consideraciones sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur, en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, volumen.10, número 1, año 2004. pp. 4-6.

⁹³ Vid., COLOMBO CAMPBELL, JUAN, *Tribunal Constitucional: Integración, Competencia y...*, cit., p. 591.

⁹⁴ RIOS ALVAREZ, LAUTARO, “El nuevo Tribunal Constitucional”, en Zúñiga U., F (coord.), *Reforma Constitucional*, Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 643.

⁹⁵ NOGUEIRA A., H., *op. cit.* p. 604.

⁹⁶ *Ídem*, p. 605

CAPITULO TERCERO

EFFECTOS TEMPORALES DE LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS DE INCONSTITUCIONAL

1.- PLANTEAMIENTO GENERAL

Conforme a la última reforma constitucional del año 2005, el constituyente además de concentrar en un solo órgano – el Tribunal Constitucional – la misión de ser el garante último de la Constitución, introdujo modificaciones trascendentales en la definición de las funciones, atribuciones, y efectos de las decisiones de este órgano Constitucional.

Sin embargo, en cuanto a las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad de un precepto legal- como ya lo hemos señalado – no determinó de manera suficiente los efectos que generan su dictación; a pesar de ello, en relación a los efectos temporales de este tipo de pronunciamientos constitucionales, sí incorporó una norma que los regula.

El artículo 94 en sus incisos 4º y 5º de la Constitución Política de la Republica dispone que:

*“...El precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, **la que no producirá efecto retroactivo.***

Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de todo o parte de una ley, de un decreto con fuerza de ley, de un decreto supremo o auto acordado, en su caso, se publicarán en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación”.

La frase “no producirá efecto retroactivo”, es la que constituye la premisa fundamental en base a la cual se erige esta investigación ¿Por qué? porque al realizar una primera lectura del precepto transcrito, el tenor literal es claro; las sentencias del Tribunal Constitucional que declaren inconstitucional un precepto legal de acuerdo a los numerales 2. 4 ó 7 del artículo 93, no tienen efecto retroactivo, estableciendo por ende la irretroactividad de sus sentencias.

Cuando hablamos de retroactividad o de irretroactividad de las sentencias en general, nos estamos refiriendo a los efectos que ellas producen en el espacio temporal, el cual es un tema muy controvertido en el ámbito jurídico, que se hace más complejo aún cuando lo analizamos desde la perspectiva de los efectos en el tiempo de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional.

Es por ello, que se hace necesario revisar cómo ha sido interpretada esta norma por la doctrina nacional, y cómo además debiera ser aplicada por el Tribunal Constitucional al resolver una cuestión de inconstitucionalidad.

En el capítulo anterior ya adelantamos que a partir de la naturaleza jurídica de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad se definen los efectos que ellas generan, pues bien, respecto a los efectos temporales ello cobra mayor relevancia aún.

Señalamos también que son dos las corrientes que se han desarrollado en relación a la naturaleza jurídica de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de un precepto legal, por un lado, aquellos que atribuyen a las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad cualidades de acto normativo, y por otro lado, quienes consideran que ellas son verdaderos actos procesales. Por lo tanto, antes de analizar el tratamiento doctrinal que ha recibido este artículo 94 inciso 4° de la Constitución Política de la República, analizaremos los efectos temporales de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad en relación con la naturaleza jurídica que a ella se les atribuya.

2.- EFECTOS TEMPORALES DE LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

2.1.- Efectos temporales derivados de la naturaleza constitutiva de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad.

Encontramos el origen de esta concepción en el modelo europeo continental de Justicia Constitucional. Este modelo, tiene como sustento el pensamiento del jurista Hans Kelsen, para quien el Tribunal Constitucional, por medio de sus sentencias y al aplicar la Constitución, logra “anular leyes anticonstitucionales no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica”⁹⁷.

El profesor chileno Francisco Zúñiga recoge esta idea y la desarrolla en los siguientes términos, “la anulación de la ley expulsa la norma impugnada del ordenamiento, la que es una norma válida desde su promulgación hasta su anulación, de manera que la transformación del orden jurídico resulta simplemente de la decisión anulatoria”⁹⁸, por ende “tal decisión es entendida como decisión constitutiva y no meramente declarativa”⁹⁹.

⁹⁷ KELSEN, HANS, *op. cit.* p. 35.

⁹⁸ ZUÑIGA URBINA, FRANCISO, *op. cit.*, p 114.

⁹⁹ *Ídem*, p. 115.

Mientras no se dicte la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, la norma es plenamente eficaz, obligatoria para todos, y debe ser aplicada en todos los casos surgidos bajo su alero.

Se colige entonces, que la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, debe proyectar sus efectos sólo hacia el futuro, ya sea desde su pronunciamiento, notificación o desde su publicación, no pudiendo jamás afectar situaciones surgidas con anterioridad a la dictación del fallo; la doctrina denomina este efecto, con el nombre de efecto *ex nunc o pro futuro* de las sentencias.

2.2.- Efectos temporales derivados de la naturaleza declarativa de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad.

Para este sector, la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad es un acto procesal, que pone fin a un procedimiento enervado en sede constitucional; en este sentido, cuando el Tribunal Constitucional resuelve declarando la inconstitucionalidad de un precepto legal, “lo que en rigor haría sería dictar una sentencia declarativa de nulidad en relación a la norma afectada”¹⁰⁰, nulidad que es pre-existente antes de ser declara; esto quiere decir, que la sentencia solo viene a constatar la nulidad de una norma, la cual es inconstitucional desde su origen.

De esta manera, la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad elimina la norma del ordenamiento jurídico, considera que ella nunca ha existido, y por lo que, la única manera de corregir las situaciones ya sancionadas por la ley invalidada por inconstitucional, es haciendo extensible a ellas los efectos de la sentencia; la sentencia tiene y debe tener efectos retroactivos, a esto último la doctrina denomina el efecto *ex tunc* de las sentencias.

Por ello, se ha llegado a sostener por la doctrina que los conceptos “*anulabilidad, sentencia constitutiva y efectos ex nunc*”, forman parte de una estructura dogmática que es perfectamente diferenciable de otra estructura compuesta por el trinomio “*nulidad, sentencia declarativa y efectos ex tunc*”.¹⁰¹

3.- INTERPRETACIONES DESARROLLADAS POR LA DOCTRINA EN RELACION A LA EXPRESIÓN “NO PRODUCIRÁ EFECTO RETROACTIVO”.

Pues bien, expuestas las concepciones acerca de la naturaleza de las sentencias estimatorias de inconstitucional, y los efectos temporales que de ellas se derivan, debemos dilucidar ahora, cuál de ellas se corresponde con la realidad de nuestro ordenamiento jurídico; en

¹⁰⁰ CABALLERO BRUN, FELIPE, “Derecho Penal sustantivo y efectos en el tiempo de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XIX, diciembre 2006, p. 164.

¹⁰¹ *Ídem*, p. 165.

especial, se condice con las modificaciones introducidas durante la reforma a nuestro sistema de Justicia Constitucional.

Señalamos también que el inciso 4º del artículo 94 de la Constitución Política de la República, regula expresamente los efectos temporales de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad, al prescribir que ellas “no producirán efecto retroactivo”.

A juicio de Humberto Nogueira¹⁰², el texto constitucional primitivamente aprobado - en el marco de la reforma constitucional del año 2005- no contenía norma que haga alusión a los efectos en el tiempo de las sentencias del tribunal constitucional, situación que cambia luego del veto presidencial que introdujo el inciso 4º del artículo 94 de la Constitución, en cuyo texto constitucional consagra expresamente “que las sentencias del Tribunal Constitucional producen efectos ex nunc desde su publicación en el Diario Oficial”¹⁰³, por lo que, la posibilidad de otorgar efectos retroactivos a las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad, ya sea a través de la ley orgánica constitucional, o bien que el mismo Tribunal Constitucional los determine en su sentencia, se encuentra claramente limitada.

Sin embargo, considera que dicho norma constitucional es “excesivamente rígida”¹⁰⁴, ya que eventualmente se podría necesitar que la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad genere efectos ex tunc.

El profesor Lautaro Ríos¹⁰⁵, analiza en términos muy simples lo señalado en la Constitución Política de la República, y para ello reproduce lo establecido en la propia Norma Suprema, en el sentido que el precepto declarado inconstitucional, se entiende derogado, desde la publicación de la sentencia en el Diario Oficial, la cual “no produce efecto retroactivo”; precisando que la expresión – “no producirá efecto retroactivo” - debe entenderse en el siguiente sentido: “la sentencia no afectará los derechos adquiridos, ni las situaciones jurídicas consolidadas al amparo del precepto que se declare inconstitucional, antes de la publicación del fallo”¹⁰⁶.

Gastón Gómez Bernales¹⁰⁷, señala que la Constitución Política de la República en cuanto a la regulación de los efectos temporales de las sentencias del Tribunal Constitucional “es categórica: prohíbe aplicar efectos retroactivos a una sentencia de inconstitucionalidad”¹⁰⁸. Para este autor, esta decisión no deja de ser compleja y no puede tampoco estar exenta de críticas, ya que definir de una forma tan tajante este problema que “tiene enormes implicancias y se relaciona con juicios sentenciados conforme a preceptos legales declarados inconstitucionales; con procesos en marcha, y derechos, situaciones o posiciones adquiridas en dicho período

¹⁰² Cfr. NOGUEIRA A., H., *op. cit.* pp. 523-625.

¹⁰³ *Ídem*, p. 615.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Cfr. RÍOS ALVAREZ, LAUTARO, “El nuevo Tribunal Constitucional...”, *cit.*, p. 643

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Cfr. GÓMEZ BERNALES, GASTÓN, “La reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno”, en Zúñiga U., F (coord.), *Reforma Constitucional*, Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 683

¹⁰⁸ *Ibidem*.

conforme a un precepto legal inconstitucional”¹⁰⁹, la que en el ámbito de la justicia penal implicaría definir si se “aplica o no a sujetos que cumplan penas por delitos considerados inconstitucionales”¹¹⁰ genera consecuencias que no son posibles de revertir por otra vía procesal, sino es a través de la sentencia declarada inconstitucional. A pesar de ello, para Gómez Bernales, existe una situación en la que es inevitable que la sentencia produzca efectos retroactivos, y dicha situación es aquella en la cual se dedujo la acción de inconstitucional, caso en el que no es posible sostener lo contrario.

El constitucionalista Francisco Zúñiga Urbina, indica que la regla general en cuanto al efecto temporal de las sentencias del Tribunal Constitucional, es el efecto anulatorio, produciendo efectos ex nunc o pro futuro, derivado de su carácter de sentencia constitutiva y no declarativa. En específico, la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad tiene también “efectos temporales ex nunc o pro futuro, entendiéndose derogado el precepto desde la publicación en el Diario Oficial.”¹¹¹, ya que la “incompatibilidad entre Constitución y ley no hace a ésta nula de pleno derecho, sino simplemente anulable y la sentencia del legislador negativo es eficaz sólo ex nunc”. Esta interpretación, es congruente con el tratamiento Kelseniano del ordenamiento jurídico, como un sistema de normas. La excepción a la regla general de efectos nunc de las sentencias sólo es posible establecer en la medida que nazca expresamente de una norma constitucional, del derecho positivo, y por razones de oportunidad.

No podemos dejar de mencionar lo señalado por el profesor Miguel Otero Lathrop cuando concurrió a la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, aseverando que *“para evitar el efecto retroactivo de la nulidad debe establecerse que la sentencia solo producirá efectos para el futuro, después de publicada en el Diario Oficial. Con ello las sentencias judiciales ejecutoriadas no serán afectas y todo lo pendiente se resolverá con absoluta prescindencia de la norma declarada inconstitucional.”*¹¹² Para cumplir dicho objetivo, Otero propuso en dicha comisión, incluir la siguiente norma: *“Esta declaración no producirá efecto retroactivo alguno respecto de las sentencias que se encuentren ejecutoriadas a la fecha de publicación ni de los derechos válidamente adquiridos durante su vigencia.”*¹¹³ Claramente este autor cierra toda posibilidad para que las sentencias del Tribunal Constitucional puedan tener en algunos y determinados casos, efectos retroactivos.

En último lugar, encontramos una postura que difiere de las expuestas hasta ahora respecto a la interpretación que ha desarrollado la doctrina de la frase “no producirá efecto retroactivo”. La diferencia no viene dada por la conclusión a la cual llega esta postura, sino que ella radica en la forma metodológica en que lleva a efecto su análisis.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ ZUÑIGA URBINA, FRANCISO, *op. cit.*, p 100.

¹¹² Historia de la Ley N° 20.050 que “Modifica la composición y atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de los tratados internacionales, la integración y funciones del Tribunal Constitucional y otras materias que indica”, de fecha 26 de agosto de 2005, p. 1222.

¹¹³ *Ídem*, p. 1223.

Felipe Caballero Brun¹¹⁴, considera que no es procedente traspasar la dicotomía nulidad – anulabilidad al ámbito del derecho público; hasta el momento, todo el análisis doctrinal que se ha desarrollado respecto a la naturaleza de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad inicia con definir si la sentencia tiene por efecto anular una ley o simplemente constatar una nulidad ya existente. Para este autor, es incorrecto hablar en estos términos, ya que este modelo dogmático de análisis, tiene su origen en el derecho privado, respecto a la ineficacia de los actos jurídicos, cuya aplicación se extendió al ámbito del derecho administrativo, y más tarde a todo el derecho público. El verdadero conflicto constitucional que subyace respecto al efecto retroactivo o irretroactivo de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad, no es otro que “intentar equilibrar el respeto a la seguridad jurídica con los valores de igualdad y de justicia”¹¹⁵. Para dicho autor, la única manera de solucionar este conflicto, es estableciendo una regulación jurídico-positiva que establezca “pautas objetivas para su resolución”.¹¹⁶ Aclarado lo anterior, para definir que ha de entenderse por “no producirá efecto retroactivo”, señala que su análisis debe partir por respetar lo señalado en la misma disposición constitucional y construir desde ahí, posibles hipótesis interpretativas. Abordaremos este problema en el siguiente apartado para una mejor explicación.

Pese a la última posición doctrinal - sobre la cual volveremos más adelante – la mayoría de los exponentes del derecho constitucional en nuestro país, consideran que la expresión “no producirá efecto retroactivo” es una norma que cierra la posibilidad de aplicar con efectos retroactivos la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad. Estaríamos ante una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, que sólo se puede aplicar respecto de situaciones jurídicas originadas en el futuro, y jamás respecto a aquellas situaciones surgidas entre la dictación de la ley declarada inconstitucional y la declaratoria de inconstitucionalidad del precepto legal.

En conclusión, la Constitución Política de la República establece en su inciso 4° artículo 94 *la irretroactividad de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional*: sin embargo, el artículo 19 número 3 inciso 7° también de la Carta Fundamental, consagra como un principio de general aplicación – y no como una excepción a la regla general de irretroactividad de las leyes penales - la retroactividad de la ley penal favorable. Por lo tanto, es legítimo preguntarse ¿Cuál es la interpretación que debemos dar a la frase “no producirá efecto retroactivo”, de manera tal que permita la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal favorable al reo, y a su vez, se conserve el ordenamiento jurídico constitucional como un todo coherente, armónico y sistemático?

¹¹⁴ Cfr., CABALLERO BRUN, FELIPE, *op. cit.*, p. 165.

¹¹⁵ *Ídem*, p.166.

¹¹⁶ *Ibidem*.

4.- APLICACIÓN DEL EFECTO IRRETROACTIVO DE LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD EN RELACIÓN CON LA CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL FAVORABLE AL IMPUTADO.

Esta problemática no ha sido tratado satisfactoriamente por la doctrina constitucional chilena, ello debido probablemente a lo reciente de la modificación constitucional, y/o al desconocimiento del problema que se generó desde la incorporación de esta norma constitucional.

En este mismo orden de ideas, la doctrina mayoritariamente se ha limitado a definir los efectos de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad de manera casi mecánica, y no ha realizado un análisis global del asunto en cuestión. Salvo el caso del profesor Felipe Caballero Brun, quien realizó un análisis respecto a esta problemática.

Es por ello que analizaremos a continuación, brevemente, las posibles soluciones que darían los diferentes autores para que al interpretar la expresión “no producirá efecto retroactivo”, se respete la aplicación del principio constitucional de retroactividad de las leyes penales favorables al imputado.

4.1.- Humberto Nogueira Alcalá

Como ya lo señalamos, para este autor las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad dictadas por los Tribunales Constitucionales, de acuerdo a sus efectos en el tiempo pueden clasificarse en sentencias con efectos *ex tunc* y sentencias con efectos *ex nunc*; y para quien, la Constitución Política de la República consagra expresamente que las sentencias del Tribunal constitucional producen efectos *ex nunc* desde su publicación en el diario oficial.

A juicio de Nogueira, esta regla constitucional parece excesivamente rígida, ya que en algunos casos se puede requerir que la sentencia genere efectos *ex tunc*, declarando la nulidad de una ley desde su origen.

A nuestro parecer, y siguiendo hasta aquí lo señalado por Nogueira, ante el supuesto que se declare inconstitucional un precepto legal, cuya eliminación del sistema jurídico genere la posibilidad para un imputado de aplicar una ley que establezca una pena inferior a la pena establecida por la ley declara inconstitucional, constituye un supuesto que según lo señalado por Nogueira, requeriría de una sentencia que genere efectos *ex tunc*, para así evitar la aplicación de la norma inconstitucional en este caso; sin embargo, y de acuerdo a la forma en que es realizaba la observación por Nogueira, para que ello sea posible, es fundamental que la eventualidad de morigerar los efectos de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad se encuentre consagrada en la Constitución.

4.2.- Lautaro Ríos.

Los efectos de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad son derogatorios; la expresión “no producirá efecto retroactivo”, significa en otras palabras que la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad no podrá afectar los derechos adquiridos, así como tampoco las situaciones jurídicas que se encuentren consolidadas en virtud del precepto legal declarado inconstitucional, antes de ser publicada en el diario oficial.

De acuerdo a esta interpretación de la frase “no producirá efecto retroactivo”, sería posible – de acuerdo a nuestra opinión - que el principio de retroactividad de la ley penal sea aplicable, siempre que la situación jurídica se encuentre aún pendiente de juzgamiento o de resolver, impidiendo que pueda afectar las situaciones ya consolidadas antes de la publicación de la sentencia.

4.3.- Gastón Gómez Bernal.

La Constitución Política de la República es categórica en cuanto a la regulación de los efectos temporales de las sentencias del Tribunal Constitucional, prohibiendo aplicar con efectos retroactivos una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad. Por lo tanto, consideramos que para este autor, no existirían excepciones en relación a esta norma tan categórica, la cual debe ser respetada, haciendo improcedente la aplicación del principio de retroactividad de las leyes penales favorables al reo.

4.4.- Francisco Zúñiga Urbina

Las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad, solo tienen efectos ex nunc o para el futuro. Esta regla admite excepciones en la medida que ellas nazcan por razones de oportunidad, y a través de una norma constitucional expresa, es decir solo como derecho positivo.

En este sentido, para que este principio del efecto retroactivo de las leyes penales favorables al reo sea aplicable, como excepción a la regla general de irretroactividad de las sentencias estimatorias del Tribunal Constitucional, es necesario que se encuentre recogido en un precepto constitucional, de otra manera, rige la regla general.

Se podría sostener, que basta con el artículo 19 número 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República, como norma expresa de carácter excepcional, para consagrar la aplicación del principio de retroactividad favorable al reo. Sin embargo, en contra de dicho argumento, se podría señalar que dichas normas regulan materias diferentes, por lo tanto, no es posible entender que este artículo sea verdaderamente una excepción expresa, ya que hace referencia a la aplicación retroactiva de las leyes, pero no dice nada respecto a la aplicación retroactiva de las sentencias.

4.5.- Felipe Caballero Brun.

Este autor realiza un estudio detallado de las diversas interpretaciones que puede arrojarse a la frase “no producirá efecto retroactivo”, esto, con el claro objetivo de lograr

compatibilizar esta frase incorporada en la última parte del inciso 4° del artículo 94 de la Constitución Política de la República, con el principio del efecto retroactivo de las leyes penales favorables al reo. Distinguiendo tres posibles interpretaciones a dicho precepto constitucional;

- *Irretroactividad máxima*¹¹⁷: En virtud de esta interpretación, la sentencia que declara la inconstitucionalidad del precepto legal, no produce efectos retroactivos, impidiendo por tanto que sea aplicada a hechos acaecidos con antelación a la publicación de la sentencia en el diario oficial, no importando si dichos hechos están aún pendientes de juzgamiento o que ya hayan sido juzgados por los tribunales. Caballero Brun, agrega que esta postura es difícilmente sostenible, ya que en el ámbito del derecho penal, negar el efecto retroactivo a esta sentencia implicaría que el juez estaría en la obligación de aplicar en los procesos pendientes de juzgamiento una norma derogada, llevándolo directamente a prevaricar.¹¹⁸
- *Irretroactividad media*¹¹⁹: A través de esta interpretación, es posible sostener que la irretroactividad de las sentencias “*impediría revisar únicamente aquellas sentencias judiciales que, habiendo hecho aplicación del precepto legal inconstitucional, se encontraren ejecutoriadas al momento del fallo del Tribunal Constitucional*”¹²⁰, por lo tanto, en los procesos pendientes de juzgamiento si es posible dejar de aplicar el precepto declarado inconstitucional, reconociéndole un efecto retroactivo limitado a las sentencias del Tribunal Constitucional. Dicha interpretación es reforzada por este autor argumentando que el Presidente de la República en el Mensaje con que inicia el proyecto de ley de Reforma del Tribunal Constitucional señala que la derogación del precepto declarado inconstitucional no tiene efectos retroactivos, pero agrega que todas las situaciones nacidas y consolidadas con anterioridad, no son tocadas por la derogación ni permiten iniciar acciones de ningún tipo; **a contrario sensu, las situaciones nacidas y no consolidadas con anterioridad**, si podrían ser tocadas por la derogación. Sin embargo, Caballero Brun¹²¹ agrega que el sostener esta interpretación de irretroactividad sería abiertamente arbitrario, contrariando el principio de igualdad, ya que para unos la ley se encontraría derogada y para otros la ley estaría vigente y por tanto es una norma directamente aplicable.
- *Irretroactividad mínima*¹²²: Conforme a esta interpretación, la Constitución en su artículo 94 señala un “*limite objetivo, con la finalidad de que la decisión de inconstitucionalidad – la sentencia - no se extienda a hechos o relaciones jurídicas pasadas donde el precepto*

¹¹⁷ Cfr. CABALLERO BRUN, FELIPE, *op. cit.*, pp.169-170.

¹¹⁸ Artículo 223 número 1° del Código Penal de Chile “Los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y los funcionarios que desempeñan el ministerio público, sufrirán las penas de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares y la de presidio o reclusión menores en cualesquiera de sus grados: N° 1 Cuando a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil...”

¹¹⁹ Cfr. CABALLERO BRUN, FELIPE, *op. cit.*, 171-172

¹²⁰ *Ídem*, p.171.

¹²¹ *Ídem*, p. 172.

¹²² *Ídem*, p. 173.

constitucional fue o pudiere ser aplicado”¹²³ no impidiendo que sea revisada posteriormente conforme a los principios generales del derecho, aquellas situaciones jurídicas perjudiciales derivadas de la aplicación del precepto legal inconstitucional.

Esta última interpretación es la seguida por Caballero Brun, quien señala que entender de esta manera la irretroactividad (mínima), permite privilegiar los derechos fundamentales de las personas por sobre la seguridad jurídica (valor que primaría si optamos por una irretroactividad máxima o media), ya que es perfectamente compatible con la aplicación retroactiva de ley penal más favorable.

En definitiva, las sentencias del Tribunal Constitucional, por mandato constitucional no tienen efectos retroactivos. Sin embargo, en materia penal, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal, debe ser aplicada con efecto retroactivo, siempre que se fundamente en la aplicación de una ley penal favorable al afectado; el efecto retroactivo se extiende tanto a procesos penales aun pendientes de juzgamiento, como también a procesos penales en los cuales ya existe una sentencia ejecutoriada que haya pronunciado al respecto. Esta hipótesis es coherente con la hipótesis seguida con el Profesor Felipe Caballero Brun.

¹²³ *Ibidem.*

CONCLUSIONES

En primer lugar, debemos colegir que la reforma constitucional del año 2005, produjo una profunda incrementación de las atribuciones del Tribunal Constitucional, lo que a su vez trajo consigo la configuración de un nuevo modelo de justicia Constitucional.

Este nuevo modelo de Justicia Constitucional, nos hizo trasladarnos, desde un sistema de control difuso, a un sistema de control concentrado de constitucionalidad, reuniéndose en un sólo órgano, las funciones de control abstracto y concreto de constitucionalidad; dicho órgano es, el Tribunal Constitucional.

La retroactividad de la ley penal favorable al reo, se erige hoy, como un principio de carácter general que debe ser reconocido y respetado por todos y cada uno de los sectores y poderes de la sociedad. Por lo cual, como principio que es, cumple una función directiva, interpretativa e integradora dentro del ordenamiento constitucional.

Definir la naturaleza jurídica de las sentencias del Tribunal Constitucional, para determinar los efectos en el tiempo de sus pronunciamientos, no es recomendable, ya que la clasificación que ha desarrollado la doctrina, tiene sus orígenes en el derecho privado, específicamente en el derecho contractual, instituciones muy diferentes a las que forman la base de las sentencias estimatorias emitidas por el Tribunal Constitucional.

El artículo 94 inciso 4° de la Constitución Política de la República, debe ser interpretado, de manera tal, que permita, el respeto a la garantía- principio de retroactividad de las leyes penales favorables al reo. De otra forma, no sería posible entender y salvar la dicotomía que se produce entre la aplicación del principio pro-reo, y la prohibición de retroactividad de las sentencias del Tribunal Constitucional.

BIBLIOGRAFIA

1. Alessandri, A.; Somarriva, M. y Vodanovic, A. *“Tratado de Derecho Civil”*, Parte Preliminar y General, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
2. Aragón Reyes, Manuel. *“Estudios de Derecho Constitucional”*, Centro de Estudios Políticos y Constitucional, Madrid, 1998.
3. Blasco Soto, Carmen, *“La Sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad”*, José M^a Bosch Editor S.A., Barcelona, 1995.
4. Bullemore G., V.R., Maackinnon R., John, Derecho Penal, Tomo I, Parte General. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005.
5. Bustos Ramírez, Juan, Derecho Penal Parte General, Tomo I, 2^o edición, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.
6. Caballero Brun, Felipe, *“Derecho Penal sustantivo y efectos en el tiempo de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal”*, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XIX, diciembre 2006, p. 164.
7. Cea Egaña, José L. “El proyecto de reforma constitucional sobre los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la justicia ordinaria”, en *Estudios Constitucionales* año 3 N^o 1, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales, p. 69.
8. Colombo Campbell, Juan *“Tribunal Constitucional: Integración, Competencia y Sentencia”* en Zúñiga, F. (coord.), Reforma Constitucional, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 556-575
9. Cury, E., Derecho Penal, Parte General, séptima edición ampliada, 2005.
10. De Otto, Ignacio, “Derecho Constitucional”, Sistema de Fuentes, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1987.
11. Ducci Claro, C. *“Derecho Civil”*, Parte General, Ed. Jurídica de Chile, Tercera Edición, Santiago, 1988,
12. Favoreu, Louis, *“Los Tribunales Constitucionales”*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1993.

13. Fernández Rodríguez, José Lucio, “*La justicia Constitucional Europea ante el siglo XXI*”, editorial Tecnos, año 2003, Madrid
14. Fernández Segado, F., “*El Sistema Constitucional Español*”, Editorial Dykinson, Madrid, 1992, p. 1077.
15. Figueroa Yáñez, G, “*Curso de Derecho Civil*”, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, cuarta edición, Santiago, 2006,
16. Garrido Montt, M., Derecho penal, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
17. Gómez Bernales, Gastón, “*Estudios Sobre Jurisdicción Constitucional*”, en Cuadernos de Análisis Jurídico., Universidad Diego Portales, Febrero 1996.
18. Gómez Bernales, Gastón, “*la Jurisdicción Constitucional Chilena ante la Reforma*”, en Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 1999.
19. Jiménez de Asua, L. “*Tratado de Derecho Penal*”, Tomo II filosofía y ley penal, 5ª edición actualizada editorial losada S.A., Buenos Aires, año 1992,
20. Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Estudio Preliminar de Guillermo Gasió, Traducción y notas de Roberto J. Brie, Supervisión Técnica de Eugenio Bulygin, Editorial Tecnos, S.A., 1995, Madrid, p. 3.
21. Luzón Peña, Diego- Manuel, Curso de Derecho Penal, Parte General I, editorial Universitas S.A., Madrid, 1996.
22. Mera F., Jorge, Castro M., Álvaro, “*Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*”. Editorial Lexis Nexis, Santiago, año 2007.
23. Montoro Puerto, Miguel, “*Jurisdicción Constitucional y procesos constitucionales*”, Tomo I Jurisdicción Constitucional y procesos de control de la constitucionalidad, Editorial Colex, Madrid, 1991.

24. Nogueira A. H. "Consideraciones sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en America del Sur, en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, volumen.10, número 1, año 2004. pp. 4-6.
25. Nogueira A., Humberto "*Tribunal Constitucional: Integración, Competencia y Sentencia*" en Zúñiga, F. (coord.), *Reforma Constitucional*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005 pp. 593-601
26. Nogueira Alcalá, Humberto, ,"El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias", en Zúñiga U., F (coord.), *Reforma Constitucional*, Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 624
27. Oliver Calderón, Guillermo. , "*Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p.98
28. Pérez Royo, Javier. "*Curso de Derecho Constitucional*", Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Séptima edición, Madrid 2000.
29. Pfeffer Urquiaga, Emilio, "*Reformas Constitucionales*", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2005.
30. Pizzorusso, A., "*Lecciones de Derecho Constitucionales*"l, Tomo II, Centro de Estudios Constitucionales, 3ª Edición, Madrid, 1984..
31. Politoff L, Sergio, Mattus, Jean Pierre, Ramírez G, María Cecilia, "*Lecciones de derecho penal chileno*", Parte General, 2ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2004.
32. Rivera Santibáñez, José Antonio "*Los Efectos de las Sentencias Constitucionales en el Ordenamiento Jurídico Interno*"; en *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Año 4 N° 2, Noviembre 2006, p. 586.
33. Ríos Álvarez, Lautaro,, "*El nuevo Tribunal Constitucional*", en Zúñiga U., F (coord.), *Reforma Constitucional*, Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 643

34. Ríos A., L., “El poder del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho Publico*, Universidad de Chile, Tomo I, volumen 69, año 2007, pp. 330-405;
35. Roxin, Claus, “*Derecho Penal, Parte general: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*”. Madrid, Civitas, 1997
36. Silva Bascuñan, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
37. Vodanovic H., A. “*Manual de Derecho Civil*”, Tomo I, Parte Preliminar y General, Ed. Lexis Nexis, Santiago Chile, 2003.
38. Zúñiga U., F., “*Control de Constitucionalidad y sentencia*”, en Cuadernos del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional, numero 35, año 2007 p. 85