REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 227-228 (1-2): 169-205, 2010 ISSN 0303-9986

*LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN POR PARTE DEL JUEZ ORDINARIO. SENTIDO Y ALCANCE**

FABIÁN HUEPE ARTIGAS**
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Concepción

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda que uno de los fenómenos más destacables que ha experimentado el Derecho Constitucional contemporáneo ha sido la denominada aplicación directa de la Constitución. Sin embargo, este concepto no ha sido delimitado de una manera precisa, puesto que se encuentra vinculado con otros, tales como "fuerza normativa", "vinculación directa", e incluso "supremacía constitucional". En efecto, Bulnes ha señalado que "el principio llamado de la fuerza normativa de la Constitución –o fuerza vinculante o aplicación directa de ésta– podría expresarse diciendo que ella obliga por sí misma y que los preceptos constitucionales son verdaderas y auténticas normas jurídicas que vinculan inmediatamente y simultáneamente a todos los órganos del Estado

* Este artículo tiene su origen en un trabajo de investigación realizado para el curso de Derecho Constitucional del Programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, impartido por el profesor Eduardo Aldunate Lizana. El autor expresa sus sinceros agradecimientos por las correcciones, observaciones y sugerencias efectuadas por el profesor Dr. Aldunate para el mejoramiento del presente trabajo.

** Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Doctorando en el Programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: carrrera de Derecho Campus Chillán, Universidad de Concepción, Vicente Méndez 595, casilla 537, Chillán, Chile. Correo electrónico: fahuepe@puc.cl y fhuepe@udec.cl.

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

y a todas las personas y grupos"[1]. Aquí claramente se emplea el concepto de "aplicación directa" como sinónimo de "fuerza normativa de la Constitución" y de "fuerza vinculante", además de considerar dicho concepto como un "principio"[2]. Por su parte Ríos ha dicho que "supremacía constitucional quiere decir que los jueces deben aplicar la Constitución en todas las situaciones reguladas o amparadas por ella; y no sólo deben aplicarla como otra norma cualquiera, sino que deben hacerlo con el debido respeto a la triple superioridad jerárquica –normativa, interpretativa e integradora– que la Constitución ostenta sobre otras leyes"[3], efectuando este autor una relación sinónima entre aplicación directa y supremacía constitucional. En esta misma línea de relación de conceptos, Aros ha indicado que "un principio que cobra vital importancia es la denominada fuerza normativa de la Constitución o vinculación directa, al tenor del artículo 6º inciso 2º de la Ley Fundamental, el cual dispone que los preceptos de esa Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo"[4]. Otra vez se hacen sinónimas las expresiones "fuerza normativa" con "vinculación directa" que ya se dijo antes, también es asimilable a "aplicación directa" de la Constitución.

Ejemplos de lo anteriormente dicho podríamos encontrar más, pero en realidad lo que queremos enfatizar es esta utilización de conceptos vinculados o relacionados a la aplicación directa de la Constitución sin que se haya establecido de manera más rigurosa la diferencia o relación entre ellos. De este modo Aldunate ha señalado que "se ha hecho usual, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional, la referencia a la fuerza normativa de la Constitución. Se maneja un concepto más o menos general de la misma –frecuentemente identificado con la idea de su eficacia directa– y de su efecto sobre el sistema de fuentes, calificado como efecto de irradiación. Sin embargo, ninguna de ambas nociones recibe una delimitación o unos contornos conceptuales precisos, ni son analizados desde el punto de vista de sus consecuencias, tanto para la Constitución misma como para el sistema de fuentes"[5]. Señala más adelante que "este difundido uso de la expresión (fuerza normativa, nota nuestra) no va acompañado, sin embargo, de uniforme

[1] Bulnes (1998), p. 137.

[2] Así lo entiende Marshall al referirse tanto al "principio" de supremacía constitucional como al "principio" de vinculación directa. Véase Marshall (2010), p. 71.

[3] Ríos (1988), p. 141.

[4] Aros (2004), p. 145.

[5] Aldunate (2009a), p. 444.

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

comprensión respecto de sus contenidos. Dicho de otro modo, cuando en nuestra comunidad jurídica se habla de fuerza normativa de la Constitución, se entiende que hablamos más o menos de lo mismo: pero la varianza entre el 'más' y el 'menos' de esto mismo es significativa"[6].

Por ello estimamos importante aclarar los conceptos antes señalados, por cuanto no se trata de una mera disquisición teórica, ya que puede tener efectos prácticos. En este sentido Zúñiga expresa de manera muy enérgica que "el 'fetichismo constitucional' confunde la normatividad (valor y eficacia normativa) con la aplicación directa u 'operatividad' de normas constitucionales o justiciabilidad y aquejados de un acendrado panjudicialismo refuerzan un amplio campo a la discreción del control jurisdiccional, introduciendo a los tribunales y al Tribunal Constitucional en la creación del derecho, exorbitando así su funcionalidad destructora ('legislador negativo') de normas inconstitucionales o reintegrativa del ordenamiento jurídico"[7].

Por ello es necesario aclarar los conceptos antes señalados. Sin embargo, en lo que al parecer no habría discusión, es en la norma constitucional en que se fundaría la denominada fuerza normativa, aplicación directa o supremacía constitucional sean éstos conceptos sinónimos, relacionados o no: el artículo 6° de la Constitución Política de la república, (en adelante CPR) principalmente su inciso segundo[8].

II. ACLARANDO LOS CONCEPTOS: FUERZA NORMATIVA, SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN, VINCULACIÓN DIRECTA, EFICACIA DIRECTA Y APLICACIÓN DIRECTA

Si partimos con el concepto de supremacía de la Constitución, ya podemos señalar en términos muy sencillos que es aquella "que sitúa a la Constitución como la norma más alta del ordenamiento jurídico y a la cual deben ajustarse el resto de las normas jurídicas. La Constitución se encuentra

[6] Aldunate (2009 a) p. 445. Al respecto, dicho autor señala que bajo el concepto de fuerza normativa se han encontrado los siguientes contenidos: 1. eficacia directa; 2. interpretación conforme; 3. fundamentos de reglas especiales de interpretación; 4. efecto de irradiación; 5. fundamento del control difuso; 6. elemento de la teoría de inconstitucionalidad por omisión; 7. argumento para la configuración e interpretación de la competencia en la jurisdicción internacional.

[7] Zúñiga (2009), p. 258.

[8] Artículo 6°: "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República./ Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo./ La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la Ley".

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en la cima de la pirámide normativa y goza de supremacía, puesto que las demás deben guardar conformidad con ella"[9]. También se ha señalado que "la Constitución es la ley fundamental porque es la base sobre las que descansa todo el ordenamiento jurídico: la Constitución es la premisa mayor de la que derivan las conclusiones legales" y luego se indica que "dentro de esta concepción unitaria y piramidal del ordenamiento jurídico, como estructura jerárquica de normas, la cúspide de la misma está ocupada por la Constitución, como norma fundamental, que regula todo el sistema jurídico. La Constitución es la 'norma normarum', norma reguladora de la producción de las restantes normas"[10]. De esta manera, "consecuencia evidente de la supremacía constitucional es que todas las normas jurídicas cuya vigencia se disponga han de conformarse sustancial y formalmente a ella y que, por lo tanto, carecen de todo valor si pugnan con la carta"[11].

A su vez, por fuerza normativa, valor normativo, normatividad o fuerza vinculante[12] se entiende "que la Constitución es considerada cada vez más como una regla de derecho…"[13] y "ahora en adelante, el estatuto de los órganos de poder, su modo de designación, sus competencias y sus relaciones recíprocas son regidas por verdaderas reglas de derecho"[14]. Marshall señala que "el efecto de los derechos fundamentales es tematizado también bajo los rótulos de 'constitución como derecho aplicable' o 'la fuerza normativa de la constitución' "[15]. Por su parte, Sánchez Urrutia, analizando una monografía de Jellinek, señala que "otro problema que se aborda a lo largo de todo el trabajo, aunque más específicamente en los primeros capítulos, es el de la fuerza normativa de la Constitución. Sobre todo en la interrogante de cómo se garantiza el cumplimiento de una norma que es la Constitución", indicando luego que "no es un accidente que sean los exponentes de la Escuela de Derecho

[9] Molina (2006), pp. 79-80.

[10] Verdugo (2003), p. 388.

[11] Silva Cimma (1997), p.123.

[12] Aun cuando pudiera no ser idéntica al concepto de "fuerza normativa" el concepto de "fuerza "vinculante" se ha utilizado como sinónima con la primera según se indicará más adelante, porque la segunda ha sido entendida como que la Constitución "es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos", según lo define Guastini, citado por el profesor Augusto Durán. Véase Durán (2009), p. 391.

[13] Favoreu (2001), p. 34.

[14] Favoreu (2001), p. 39.

[15] Marshall (2010), p. 46.

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Público, como Laband o Jellinek en Alemania o Dicey en Inglaterra, que mantenían postulados metodológicos similares, los que se preguntaran sobre la obligatoriedad de las normas constitucionales y su garantía. Antes, cuando se consideraban las constituciones como meros instrumentos de orientación política, que sólo eran jurídicamente vinculantes en virtud de su desarrollo legislativo, no existían presupuestos para plantearse problemas acerca de la aplicabilidad de la Constitución, su mutación o su garantía. El método jurídico aplicado al estudio del Derecho público trae como consecuencia casi inevitable el considerar a la Constitución como norma"[16]. Finalmente, para encerrar la idea de fuerza normativa, Caldera sostuvo que el artículo 6° de la Constitución "corrigió, definitivamente, la errada doctrina sustentada por muchos juristas chilenos y que consistía en considerar a la Constitución como un texto más político que jurídico, error que provino de proyectar a la realidad chilena el sistema que estructura el régimen constitucional y el ordenamiento jurídico francés. El error aludido se expresa en que algunos juristas, en realidad la mayoría, atribuyeron durante mucho tiempo la mayor fuerza normativa a la ley y no a la Constitución, que es realmente la ley de leyes… a esta última la consideraban meramente 'programática' en tanto no se dictara la ley complementaria…"[17]

Finalmente el concepto de "aplicación directa" implica que "si la Constitución es norma jurídica, produce efectos jurídicos. No se dirige necesariamente y sólo a los Poderes Públicos sino también a la sociedad. Se aplica así también directamente a las personas sin necesidad del dictado de actos legislativos, por lo que es susceptible de ser aplicada por los jueces en ocasión de cualquier controversia"[18]. Del mismo modo se ha dicho que "no es más que una consecuencia del hecho de que la Constitución es derecho, pues es una norma jurídica en (parte)… la cualidad que tiene esta norma para ser invocada en los tribunales, y aplicada por éstos como cualquier otra norma jurídica, sin necesidad de esperar a posteriores desarrollos normativos"[19]. También se ha señalado que "todas las normas constitucionales son de

[16] Sánchez (1993), p. 317-318.
[17] Caldera (1990), p. 28.
[18] Guastini, citado por Durán (2009), p. 392.
[19] Martínez (2003), p. 723.

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

aplicación directa y no necesitan de ley para hacerse operacionales"[20], en tanto que "las Cartas Fundamentales dejan de ser, así, textos idealizados que configuran programáticamente, las pretensiones de libertad, justicia e igualdad de sus destinatarios, alcanzando fuerza normativa que las concreta a través de su aplicación directa y, a partir de ella, originando el proceso jurídico de la Constitucionalización del Derecho"[21]. En el mismo sentido Cea señala que "tal constitucionalización encierra otra implicancia, seguramente más novedosa, aunque difícil de aceptar por nuestra tradicional sumisión a la ley, como expresión soberana de la voluntad general infalible. Nos referimos al rasgo, hoy casi universal y pacíficamente sustentado, de la aplicación, directa o indirecta, de los principios y norma de la Carta Fundamental, sin necesidad que las disposiciones legales mediaticen, según la tesis de la ley como pantalla, esa ejecución de los preceptos supremos"[22]. Por último se indica que "esta vinculación directa nos permite afirmar que no cabe la ley programática de la Constitución, pues la Norma Fundamental es autónoma y de aplicación directa"[23].

De las definiciones antes anotadas pueden visualizarse que la primacía constitucional, la fuerza normativa y la aplicación directa de la Constitución no son conceptos sinónimos: estarán estrechamente vinculados entre sí, pero claramente no son lo mismo. En términos muy sencillos, la primacía constitucional se erige como un principio en cuya virtud la Constitución corresponde a la norma superior en el ordenamiento jurídico debiendo el resto de las normas adecuarse a ella; la fuerza normativa es una cualidad o característica de la norma constitucional en cuanto aquélla tiene el carácter de obligatoriedad jurídica o regla de derecho[24], y la aplicación directa es un efecto o consecuencia, práctica y posible, derivada de la mencionada supremacía y fuerza normativa, todo ello a su vez siendo el resultado de un fenómeno más amplio como lo es la denominada "constitucionalización del derecho" entendido como "un proceso, en virtud de la cual la supremacía que posee la Carta Fundamental se hace

[20] Favoreu (2001), p. 35.

[21] Fernández (2005), p. 100.

[22] Cea (2004), p. 69.

[23] Bulnes (1998), p. 139.

[24] Simplemente se pretende señalar la cualidad de la norma constitucional, no si en la práctica efectivamente obliga o no. Sobre los problemas que implica esta fuerza normativa de la norma, Cf. Aldunate (2009a), pp. 443-484.

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

patente en leyes, decretos, actuaciones administrativas, sentencias judiciales o fiscalizaciones practicadas por organismos de control…"[25]. La relación anterior de estos conceptos en síntesis, ha pretendido establecer un marco teórico de referencia para desarrollar el tópico de la aplicación directa de la Constitución, entendiendo que el fenómeno de la constitucionalización del derecho, utilizando el principio de supremacía constitucional, lleva como resultado, al decir de Durán citando a Guastini, a que "el ordenamiento (jurídico) resulta totalmente 'impregnado' por las normas constitucionales…"[26], destacándose que "un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como a la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales"[27].

Entonces, si la Constitución ha penetrado el ordenamiento jurídico (consecuencia del fenómeno de la constitucionalización del derecho), siendo, superior a norma infraconstitucional en contrario (supremacía constitucional) y si, asimismo, es considerada como norma jurídica, como norma de derecho (fuerza normativa) superior y suprema, es claro que todos los destinatarios de ella están obligados a acatar sus disposiciones, de lo que puede resultar la aplicación directa[28] de la Constitución[29].

Entonces hemos fijado un primer sentido y alcance de la aplicación directa de la Constitución, esto es, como una consecuencia práctica derivada de la supremacía constitucional y fuerza normativa de la Constitución, consistente en la incorporación en el sistema de fuentes del derecho, y sin intermediación

[25] Cea (2004), p. 69.

[26] Durán (2009), p. 389.

[27] Durán (2009), pp. 389-390.

[28] Y decimos "puede" porque como se verá en el trabajo, la aplicación directa es "uno" de los efectos que resultan de su obligatoriedad ya que también, como se dirá, está la aplicación "indirecta".

[29] Se ha señalado que este fenómeno es el resultado de un *neoconstitucionalismo* que se gesta en el marco de la crisis del Estado en el siglo XX y que aparece como un movimiento europeo, más precisamente de la Europa continental que suele relacionarse con las constituciones de Italia de 1947, Alemania de 1949, Portugal de 1976 y España de 1978 de carácter antipositivista, propugnándose la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Cf. Durán (2009), p. 389. Para una mayor comprensión sobre el neoconstitucionalismo, véase Cruz (2009), pp. 12 y sgtes.

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

normativa, de la norma constitucional[30], a un hecho de relevancia jurídica produciendo efectos jurídicos.

Nos parece que esta aclaración es importante ya que cuando hablamos de supremacía constitucional o fuerza normativa de la Constitución como principio o cualidad, derivado del artículo 6º de la CPR no estamos afirmando al mismo tiempo que se está consagrando "un principio" de la aplicación directa de la Constitución, sino que simplemente queremos señalar que de este principio de supremacía y cualidad de fuerza normativa pueden surgir varios efectos o consecuencias: uno de los cuales es la aplicación directa y habrá que analizar los casos en que se produzcan unos u otros así coma analizar cuándo alguno de estos efectos puede entrar en colisión con otras fuentes del derecho.

En efecto, la aplicación directa de la Constitución, es una consecuencia más (que no por ello deja de ser importante) que puede surgir de la norma del artículo 6º de nuestra Carta Fundamental, pero no es un principio ni una cualidad de la norma constitucional[31], sino que una consecuencia o efecto que en la práctica "puede" darse en algunos supuestos y en otros no, lo que en ningún caso implica una valoración o disvalor del efecto, sino que simplemente una constatación fáctica de una consecuencia en la práctica, de la fuerza normativa de la Constitución[32].

[30] Simplemente se ha utilizado como sinónimo de "aplicación" la definición que para este concepto otorga el Diccionario de la Lengua Española 22ª edición, consistente en "emplear, administrar o poner en práctica un conocimiento, medida o principio, a fin de obtener un determinado efecto o rendimiento en alguien o algo", en tanto que el concepto "directo" significa "que va de una parte a otra sin detenerse en los puntos intermedios".

[31] No obstante, ya el Tribunal Constitucional estableció que la "vinculación directa" de la Constitución es un principio. En efecto, señala que "El artículo 6º de la Constitución comprende dos conceptos fundamentales; no establece, por sí mismo, ninguna sanción. En sus incisos 1º y 2º consagra principios vitales en los cuales descansa la nueva institucionalidad, como lo son: el de la 'supremacía constitucional' sobre todas las otras normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento positivo y el de la 'vinculación directa' de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, siendo, por ende, tales preceptos obligatorios, tanto para los gobernantes como para los gobernados…" T. Constitucional, 27 octubre 1983. R., t. 80, sec. 6ª, p. 79. Rol Nº 19 (considerando 10).

[32] En todo caso, es posible que se esté diciendo en forma más expresa y clara lo que probablemente otros autores ya lo han dicho tal vez de una manera subentendida o "inconsciente", por decirlo de alguna manera. Así Fernández ha dicho que una de las "consecuencias" de la fuerza normativa y la constitucionalización del derecho es que los preceptos constitucionales no requieren de mediación normativa alguna para aplicarse a los hechos o situaciones concretas regidos por ellos. Véase Fernández (2005), p. 102.

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Hemos dejado para el final los conceptos de "vinculación directa" y "eficacia directa", ya que transitan de manera intermedia en los conceptos ya esbozados. Si la cualidad de la norma constitucional es que constituye regla de derecho (fuerza normativa) ella "vincula", es decir, "obliga" a toda persona, institución o grupo, pero esa vinculación puede ser directa o indirecta según si dicha obligación jurídica proviene directamente de la Constitución o a través de una norma legal intermedia. Lo mismo puede predicarse de la "eficacia directa" ya que si una norma es eficaz, es porque produce "efectos", los que serán directos o indirectos, según si los produce la norma constitucional directamente o a través de otra norma legal. Por ello la definición es parcial, sólo dirigida a un ámbito de la fuerza normativa de la Constitución, por lo que es preferible lisa y llanamente referirse a la fuerza normativa que es un concepto más amplio y más completo[33]. Ahora bien, los efectos y la vinculatoriedad de la norma constitucional serían los efectos jurídicos de la misma, en tanto que la aplicación directa sería una consecuencia "práctica", en que el llamado a aplicar la norma lo hace en un caso concreto.

Pero cabe destacar que también hay otra característica especial de este efecto y es el determinar los llamados a "aplicar" la Constitución. Al respecto, en una simple mirada es claro que una cosa es concluir "quienes están obligados" respecto de los preceptos de la Constitución (toda persona, institución o grupo, según lo indica el inciso 2° de la Constitución) y otra cosa muy distinta "quienes deben aplicar la Constitución" obligando su observancia, que en este caso serían los operadores jurídicos, fundamentalmente el juez constitucional y el juez ordinario[34], puesto que es su labor[35].

[33] Probablemente estos conceptos de "eficacia directa", "vinculación directa" o "aplicación directa", más que a su sentido preciso, buscan otorgar un énfasis en el sentido que la Constitución no es una norma programática sino que obliga, aunque no exista una norma legal, pero nuevamente este énfasis se completa mejor con el concepto de fuerza normativa de la Constitución.

[34] Entendiendo desde luego no sólo al juez dependiente del poder judicial sino que el juez de un tribunal especial sea que dependa o no del poder judicial al tenor del artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales.

[35] En realidad, todos debieran aplicar (poner en práctica) la Constitución ya sea directa o indirectamente, pero donde se produce una real relevancia es en el juez (constitucional u ordinario) por los efectos jurídicos que llevan de esa aplicación y su obligatoriedad para las partes en un proceso o la sociedad toda en el caso de un efecto *erga omnes,* como lo es el fallo de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional.

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

De esta manera, una vez determinado el sentido y alcance de la aplicación directa de la Constitución, nos centraremos ahora a la aplicación por parte del juez ordinario a fin de determinar en qué casos se da esta aplicación directa, y en qué casos esa aplicación es o no posible si entra en conflicto con otras fuentes del derecho.

III. EVALUANDO LA APLICACIÓN DIRECTA. CASOS DE APLICACIÓN "INDIRECTA" O "MEDIATA" DE LA CONSTITUCIÓN POR PARTE DEL JUEZ ORDINARIO

Una vez determinado el sentido y alcance del efecto de aplicación directa de la Constitución, podría pensarse en una generalidad de casos referidos a la aplicación "directa" de la Constitución. Sin embargo, será posible constatar que en realidad los casos de aplicación "directa" no serían de la frecuencia o envergadura que en un primer momento pudo pensarse del aparentemente tan claro "principio" de aplicación directa. En efecto, si procedemos a evaluar el efecto de "aplicación directa" a diversos casos en que el juez ordinario se encuentra en la situación de incorporar la Constitución al sistema de fuentes, podremos ver que la mayoría de ellos no corresponden al concepto de "aplicación directa" sino que "indirecta". Veamos:

1. En materia laboral a través del procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el recurso de nulidad

Al respecto, hoy el Código del Trabajo dispone en su artículo 485 que: "El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1º, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4º, 5º, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º, inciso primero, 12º, inciso primero, y 16º, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador". Ahora, en relación al recurso de nulidad, aquel también tiene importancia para estos efectos puesto que el artículo 477 señala que: "Tratándose de las sentencias definitivas, sólo será procedente el recurso de nulidad, cuando en

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la tramitación del procedimiento o en la dictación de la sentencia definitiva se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías constitucionales…"

En cuanto a la tutela laboral, se le ha vinculado con la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Así Ugarte señala que "este procedimiento de tutela viene a ser la traducción procesal de la idea de la eficacia horizontal de ese tipo de derechos en las relaciones jurídicas entre privados y en este particular caso al interior del contrato de trabajo. Y más que eso: se trata no sólo de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares, sino de su *eficacia inmediata* o *directa* (la cursiva es nuestra) en cuanto la acción procesal se ejerce directamente por el trabajador en contra del otro particular involucrado entre la relación laboral –el empleador–. No hay en el Derecho del Trabajo en Chile, como en rigor tampoco en el ámbito constitucional, espacio para el sofisticado debate alemán entre eficacia directa o indirecta de los derechos fundamentales. Lo interesante de esto es que en nuestro orden jurídico laboral los derechos fundamentales del trabajador no caen por la estrecha gotera de la eficacia indirecta o mediata, y sus fintas procesales, que a fin de cuentas dejan todo en manos de la mediación del legislador o del juez, sino que se cuelan a raudales inmediatamente en las relaciones laborales, reconfigurando las relaciones laborales a partir de la supremacía jurídica de los derechos fundamentales"[36].

Sin perjuicio de la discusión y alcances del efecto horizontal de los derechos fundamentales, cabe preguntarse si en este caso se está frente a una aplicación directa de normas constitucionales o no. Pues bien, en este caso existe una "normal legal" (artículo 487) que dispone un mecanismo denominado "tutela laboral" que establece sanciones y reparaciones para los trabajadores que hayan sufrido una vulneración en los derechos constitucionales señalados en dicha norma. En otras palabras, la Constitución "se hace operativa", es aplicada "a través" de una norma legal (artículo 487 del Código del Trabajo) que establece un mecanismo denominado "tutela laboral" que sanciona al empleador por infringir ciertos derechos constitucionales del trabajador. Por lo tanto, se trata de un caso de aplicación indirecta o mediata de la Constitución.

Pues bien, en cuanto al recurso de nulidad establecido en el artículo 477, también se trata de un caso de aplicación "indirecta" o "mediata" de la Constitución desde que es una norma legal la que dispone la nulidad de una

[36] Ugarte (2007), pp. 61-62.

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sentencia para el caso de infringirse derechos o garantías constitucionales. Es decir, la Constitución se hace operativa "a través" de un mecanismo establecido en la Ley, cual es precisamente la nulidad de una sentencia definitiva.

En conclusión, el procedimiento de tutela laboral y el recurso de nulidad constituyen casos de aplicación indirecta o mediata de la norma constitucional, aplicación que debe efectuar el juez por mandato legal, porque es la ley la que prescribe que para el caso de infracción a ciertas normas constitucionales se apliquen los mecanismos que ella misma dispone.

2. En materia penal a través del recurso de nulidad

En efecto, el artículo 373 del Código Procesal Penal establece que "Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: a) Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes…"

En relación a esta norma se ha señalado que "el legislador ha encomendado a la Corte Suprema la tutela del derecho fundamental a un debido proceso a través del recurso de nulidad que regula el Código Procesal Penal"[37].

Pues bien, esta norma al igual que la norma laboral en relación al recurso de nulidad, establece igualmente la aplicación indirecta o mediata de la Constitución, al prescribir un mecanismo, como lo es la nulidad del juicio oral y de la sentencia, para el caso de infringirse sustancialmente derechos o garantías constitucionales. Al igual que el caso anterior, el juez no tiene mayor inconveniente en aplicar la Constitución, puesto que una norma legal establece todo un mecanismo para el caso de infringirse la Constitución en la forma que indica dicha norma de manera que con ello se estaría haciendo operativa la Carta Fundamental.

3. En materia civil (sentido amplio) en el recurso de casación

Aquí el tema comienza a complicarse algo más por cuanto, a diferencia de los recursos de nulidad en materia laboral y procesal, no existe una norma que en forma expresa haga aplicable el mecanismo de casación para el caso de infracción sustancial a la Constitución. En efecto, el artículo 767 dispone que "el recurso de casación en el fondo tiene lugar… siempre que

[37] Bordali (2007), p. 518.

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

se hayan pronunciado con infracción de Ley y esta infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia".

Como puede verse, a diferencia de los recursos de nulidad ya señalados anteriormente, el recurso de casación procede cuando la sentencia que se impugna se ha pronunciado con infracción de Ley, no de la Constitución. Sin embargo un sector de la doctrina sostiene que el concepto de Ley en este caso debe entenderse en sentido amplio incluso como de Constitución[38], en tanto otra niega categóricamente esta interpretación[39], Sin embargo hay fallos en que, si bien la casación se ha acogido por infracción a la Ley, se ha considerado como base de esa infracción el atentado a la norma constitucional del debido proceso[40] y también del derecho de propiedad y la igualdad ante la Ley, por ejemplo, en casos de derogación de norma legal anterior a la Constitución[41, 42]. Si entendiéramos

[38] Fernández (2005), pp.110.

[39] Bordali (2007), p. 529.

[40] Véase comentario de Gandulfo a fallo "Banco Santander con Recabarren" (Corte Suprema 13 de agosto de 2008), en que la Corte Suprema acoge un recurso de casación en el fondo porque los jueces del fondo al fallar como lo hicieron habrían infringido las normas del debido proceso establecidas en el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución Política, ello por una errónea aplicación del artículo 6° de la Ley 4287 sobre prenda de valores mobiliarios a favor de los bancos, que establecía la gestión de notificación judicial del deudor y constituyente prendario para efectos de la enajenación de la prenda, y que no contempla la posibilidad de oposición, sin perjuicio del voto disidente del ministro Juica en relación con este punto. Para mayor detalle véase Gandulfo (2008), p. 611-637.

[41] Se trata del fallo "Sociedad Establecimiento Comercial Comarrico Limitada con Héctor Enrique Alvear Villalobos" (Corte Suprema 28/09/2010, rol 1018-2009) que acogió un recurso de casación en el fondo relativa a una demanda de reivindicación fundada en haber adquirido el dominio el demandante en virtud de los artículos 15 y 16 del Decreto Ley 2695 de 1979 que fija normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz y para la constitución del dominio sobre ella, que permitió la inscripción del inmueble en virtud de este procedimiento y su prescripción en el plazo especial de un año. La Corte Suprema señaló que los preceptos antes mencionados estaban orgánicamente derogados "al tener en consideración de manera preferente los principios de supremacía constitucional, aplicación directa de la norma fundamental y efecto derogatorio de sus disposiciones, respecto de aquellas que están en contradicciones con las contempladas en la norma constitucional" (considerando 2° de la sentencia de reemplazo), destacando que "los jueces de la instancia incurrieron en infracción de los preceptos constitucionales y legales referidos, esto es, la Carla Fundamental por transgredir formalmente su artículo 19 Nº 2 que establece la igualdad ante la ley; 3 inciso quinto, en cuanto la garantía del debido proceso de ley, y el Nº 24 incisos primero y tercero, que contempla el derecho de propiedad y que nadie puede ser privado de ella, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial expropiatoria, como por falta de aplicación de los preceptos tácitamente derogados de los artículos 15 y 16 del Decreto Ley 2695" (Considerando trigésimo primero sentencia de casación).

[42] La discusión relativa a si la antinomia entre una norma legal anterior y contraria a la Constitución constituye un tema de inaplicabilidad o derogación, tiene larga data en nuestra doctrina y jurisprudencia. Para mayor análisis véase Cea (1986), pp. 25-31; Saenger (2003), pp. 432-437. En

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que la casación en el fondo es procedente tratándose de errónea interpretación de la ley al no haber sido interpretada "en conformidad a la Constitución" o derechamente por infracción a norma constitucional, también estaríamos en un caso de aplicación "indirecta" o "mediata" puesto que ha sido una norma legal la que ha mediado para hacer aplicable la sanción de casación o nulidad de la sentencia por infracción a normas constitucionales[43].

IV. APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN POR PARTE DEL JUEZ ORDINARIO: ALGUNOS CASOS.

Una vez constatado que ciertas hipótesis de vinculación de la Constitución con el juez ordinario que pudieran superficialmente identificarse como casos de aplicación directa, corresponden en realidad a casos de aplicación "indirecta" o "mediata" de la Constitución, debemos determinar cuáles serían los casos de auténtica aplicación directa de la Constitución.

Al respecto, sería objeto de todo otro trabajo completo el avocarse a este análisis. Sin embargo, para efectos del estudio de este tópico, acudiremos a dos materias bastante conocidas o difundidas en que se ha aplicado derechamente la norma constitucional y que dicen relación con la disciplina académica que desarrolla este autor, cual es del Derecho Administrativo: la nulidad de derecho público y la responsabilidad patrimonial del Estado en su actividad administrativa, sin perjuicio que, como ya se ha dicho, pueden haber otros casos como, por ejemplo, el ya señalado caso de derogación orgánica de norma

el caso del derecho comparado García de Enterría sostiene que el Tribunal Constitucional español en relación a la derogación o "inconstitucionalidad sobrevenida" de las leyes en vigor en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, a la vista de las soluciones que para el mismo supuesto habían decidido los tribunales constitucionales alemán (declarar que la derogación corresponde en exclusiva declararla a los tribunales ordinarios) e italiano (no pueden declararla los tribunales ordinarios, sino que éstos han de elevar cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional), ha construido una tesis original: la derogación pueden declararla por sí mismos los tribunales ordinarios, pero cabe también que eleven cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional (Sentencias constitucionales de 2 de febrero y 8 de abril de 1981 y 3 de julio de 1997); cuando se intenten efectos *erga omnes* en la derogación deberá seguirse precisamente la última vía". García y Fernández (2008), pp.110-111.

[43] En todo caso, estamos conscientes que considerar este caso como de aplicación "indirecta" de la Constitución es discutible, por cuanto la interpretación tradicional que se ha dado a la casación como infracción de ley ha sido precisamente en su tenor literal de ley y no de Constitución, de tal forma que una tesis distinta es sostener que el juez al aplicar la Constitución, lo habría hecho directamente, dejando de lado la infracción de ley como única causal de casación.

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

legal anterior y contraria a la Constitución[44] y el recurso de protección[45].

1. En la nulidad de derecho público

En este tópico la jurisprudencia es abundante en cuanto los tribunales al establecer la nulidad de derecho público hacen aplicación directa del artículo 7° de la CPR[46]. Numerosos son los fallos sobre este aspecto que se ha desarrollado especialmente a consecuencia de decretos supremos que confiscaban bienes

[44] En efecto, el mismo caso de derogación de las normas del D.L. 2695 que ya comentáramos como un caso de aplicación indirecta o mediata de la Constitución cuando se resuelve en un recurso de casación en el fondo, constituirían un caso de aplicación directa o inmediata si a esa solución se ha llegado en la sentencia definitiva por parte del juez de primera o segunda instancia, puesto que en esa hipótesis el juez no tiene a la vista ninguna norma legal que lo lleve a aplicar directamente la Constitución.

[45] Se trataría, al parecer de un caso de aplicación directa de la Constitución, ya que es el propio artículo 20 de la CPR que señala directamente que todo aquel que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, en los numerales ahí señalados, podrá recurrir por sí o por cualquiera a su nombre a la Corte de Apelaciones respectiva. Sin embargo, es un caso muy particular de aplicación directa ya que una norma constitucional en forma expresa (artículo 20) dispone que se apliquen otras normas constitucionales (uno o más derechos fundamentales a favor de un agraviado). Atendido a que para algunos el recurso de protección sería un caso de competencia especial establecida en la Constitución de forma exclusiva y excluyente, no quedando comprendida en la competencia ordinaria de los tribunales (Marshall [2010], p. 66), no se analizará como un caso de aplicación directa por el juez ordinario (aun cuando es bastante discutible esta aseveración). En todo caso, cabe destacar que se ha señalado que tanto el artículo 6° de la CPR como el recurso de protección consagrado en su artículo 20 es una de los fundamentos dogmáticos para justificar el llamado "efecto horizontal" de los derechos fundamentales que, según un sector de la doctrina, consistiría en la pretendida eficacia o aplicación directa de los derechos fundamentales a las relaciones jurídicas entre particulares. Sobre este tópico, fundamento, crítica y propuestas véase Aldunate (2008), pp. 211-224; Marshall (2010), pp. 43-78.

[46] Sólo a vía de ejemplo en el fallo "Instituto de Normalización Previsional INP con Roberto José Solís Cortez" (Corte Suprema, 30/06/2008, rol 664-2007) se señala esta idea en dos considerandos que se reproducen en la parte pertinente: 12º) "…cabe tener presente que los fundamentos de ésta radican en el Capítulo I de la Carta Fundamental, sobre Bases de la Institucionalidad, donde se establece el principio de la juridicidad, de acuerdo con el cual, los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella (artículo 6º) [de la Constitución, nota nuestra] y actúan válidamente –previa investidura regular de sus integrantes– dentro de su competencia y en la forma que prescriba la Ley; con la consecuencia de que todo acto que contravenga este postulado es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la Ley señale (artículo 7º) [de la Constitución, nota nuestra]…14º) Que, por consiguiente, cuando actos de la Administración… no se han sujetado a la forma prescrita por la ley para su otorgamiento… carecen de valor jurídico, lo que puede ser declarado en cualquier momento por el tribunal competente, el cual, al formular tal declaración, se limita a afirmar el mencionado principio de la juridicidad, que consagra el predominio jerárquico de la Constitución y las leyes respecto de las actuaciones de los órganos de la Administración del Estado, sin que, a falta de norma especial o general que regule lo concerniente a la prescripción de la acción de nulidad de derecho público, resulten aplicables las disposiciones generales de derecho privado sobre la materia…".

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de personas naturales, todo ello de acuerdo al reglamento del Decreto Ley N° 77 de 1973 que excedió los términos del mencionado Decreto Ley, ya que sólo era aplicable para personas jurídicas[47]. Cabe destacar que en dichas sentencias se rechazó la aplicación de normas civiles, en especial las normas sobre prescripción, sin perjuicio del posterior cambio jurisprudencial que estableció la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de derecho público y la prescriptibilidad de las acciones patrimoniales[48].

Ahora bien, al margen de las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales, creemos que auténticamente se trata de un caso de aplicación directa de la Constitución, ya que el juez ordinario aplica directamente el artículo 7° de la Constitución con prescindencia de cualquier norma legal relativa a la nulidad (aún menos la nulidad del Código Civil), es decir, aplica una norma constitucional sin intermediación normativa alguna llamada a producir efectos jurídicos para resolver un caso concreto.

2. En la responsabilidad patrimonial del Estado

Sobre este tema también existe una abundante bibliografía, fundamentalmente en torno a si la responsabilidad del Estado es objetiva o subjetiva y la última tendencia jurisprudencial a considerarla en este último caso[49]. Sin perjuicio de esa discusión, nuestros tribunales en un principio resolvieron casos de responsabilidad patrimonial del Estado sólo utilizando normas del Código Civil, pero posteriormente comenzaron a aplicar normas de derecho público, rechazando la aplicación de las clásicas normas de la responsabilidad extracontractual del Código Civil (2314 y siguientes) para llegar a una

[47] Sobre la nulidad de derecho público chileno, su génesis, efectos, actualidad, imprescriptibilidad y jurisprudencia véase Soto Kloss (2010), pp. 443-483.

[48] Iniciado fundamentalmente con el fallo "Aedo Alarcón, Paulina Raquel con Fisco" (Corte Suprema, 7/11/2000), en que se acoge la postura de la prescriptibilidad de las acciones patrimoniales derivadas de la Nulidad de Derecho Público. Sobre la crítica de este cambio jurisprudencial véase Soto Kloss (2001) y sobre defensa del mismo Pierry (2001).

[49] Al respecto, la discusión sobre este tópico es abundante considerando que durante más de 20 años primó la tesis sobre responsabilidad objetiva del Estado. Sobre esta tesis la doctrina fue consistente: sólo para mencionar, véase Caldera (1982), pp. 205-207; Pantoja (1987), p. 45; Fiamma(1989), pp. 434-435; Silva (1995), p. 247; Soto Kloss (1996), pp. 309-310. Sobre la tesis contraria de responsabilidad subjetiva basta con señalar que "así como el factor Marín marcó el giro jurisprudencial de la Corte Suprema en materia de fundamento de la responsabilidad, la incorporación de Pedro Pierry a la Corte Suprema significó la consagración definitiva de la falta de servicio como título de imputabilidad, pero en especial la comprensión de ver la falta de servicio como título de imputación subjetiva". Cordero (2010), p. 106.

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

jurisprudencia de la Corte Suprema durante más de 20 años con "aplicación directa" de normas constitucionales, principalmente el artículo 38 inciso 2° de la Constitución, y su relación con otras tales como los artículos 1°, 4°, 5°, 6°, 7°, 19 números 2°, 20°, 24° y 26° [50, 51].

Luego del breve análisis de estos dos casos podemos adelantar dos conclusiones: 1) Así como se han demostrado la existencia de casos de aplicación mediata o indirecta, también se pueden constatar en la práctica de nuestro derecho casos de aplicación directa o inmediata, de manera que no es materia de discusión si el juez ordinario puede o no aplicar directamente la Constitución. Claramente sí puede y "debe aplicar" directamente la Constitución, cuando la vía legislativa no ha regulado determinada materia, de manera que la Constitución no es meramente un "programa" o "declaración de principios" de carácter programático. 2) Los casos antes expuestos fundamentalmente tratan de controversias en que, o derechamente no había norma legal aplicable al caso, o bien, si en un principio hubo normas legales que pudieron ser aplicadas, en definitiva fueron rechazadas, no por inconstitucionalidad sino por un criterio de especialidad o improcedencia para regular el caso concreto, por lo que el conflicto entre la norma constitucional y alguna norma "legal" que pudo plantearse es, o bien aparente, o bien un conflicto más tenue (no por ello inexistente), pero no por cuestiones de inconstitucionalidad de la norma legal, puesto que, en el primer caso, no existe una norma legal que regule la nulidad de derecho público, y en el segundo, los artículos 4° y 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, si bien también regulan la responsabilidad del Estado, se habían interpretado en concordancia y armonía con el artículo 38 inciso 2° de la Carta Fundamental, lo que llevó a excluir de la aplicación del caso concreto

[50] Para una sistematización sobre la jurisprudencia de responsabilidad patrimonial del Estado aplicando sólo normas del Código Civil, normas de Derecho Público, mixtura entre ambas y aplicación directa de la Constitución, véase Cordero (2010), pp. 71-94. Sobre los fundamentos constitucionales de la responsabilidad patrimonial del Estado y su directa aplicación en Soto Kloss (2010), pp. 737-759.

[51] El hecho que predomine o no en el futuro la tesis que sostiene que la responsabilidad patrimonial del Estado no se basa en la aplicación directa del artículo 38 inciso 2° de la Constitución (cuestión por lo demás todavía debatido en la doctrina) sino que en el artículo 4° o 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado o en otra norma o régimen legal, en nada desvirtúa el análisis efectuado y el estimarlo como un ejemplo de aplicación directa, por cuanto ya está demostrado fácticamente que los jueces han empleado directamente normas constitucionales para resolver un caso concreto, y si no es en la responsabilidad del Estado mañana será en otra temática.

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

las normas de responsabilidad extracontractual del derecho civil. Dicho de otra forma, el juez ordinario cumpliendo su función natural realizó un trabajo de interpretación y aplicación de normas jurídicas, de lo que resulta la aplicación directa de la Constitución y la no aplicación de otras normas legales (aunque no por un criterio de inaplicabilidad por inconstitucionalidad)[52].

V. LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN Y SU CONFLICTO CON LA NORMA LEGAL. EL VERDADERO PROBLEMA DE LA APLICACIÓN DIRECTA. ¿CONTROL DIFUSO?

Ya hemos analizado que no se plantean mayores conflictos sistemáticos en los casos de aplicación indirecta o mediata de la Constitución. A su vez, también hemos demostrado que la aplicación directa de la Constitución, como "uno" de los efectos propios de la fuerza normativa, es una realidad constatable en la práctica de nuestro derecho. Sin embargo, atendido a que la norma constitucional goza de supremacía, lo que importa, como ya se ha dicho, que las demás normas deben conformarse a ella careciendo de valor si pugnan con la misma, el problema se plantea cuando el juez ordinario se encuentra con una norma legal[53] que es la aplicable para resolver el conflicto, pero que estima total o parcialmente contraria al texto constitucional. ¿Puede preterir la norma y aplicar el precepto constitucional? ¿O debe enviar los antecedentes al Tribunal Constitucional a fin de que resuelva la inaplicabilidad de la norma legal contraria a la Constitución?

[52] Sin embargo, decimos que de todas formas se puede hablar de un conflicto "tenue" entre la aplicación directa de la norma constitucional y la norma legal, aunque no por razones de inconstitucionalidad, en el primer caso, porque la "nulidad de derecho público" establecida en el artículo 7° de la Constitución Política ha excluido la aplicación del artículo 1462 del Código Civil que dispone que hay nulidad "absoluta" en todo lo que contraviene el derecho público chileno, que por lo menos hoy es una posición que se estaría sustentando. Véase Bermúdez (2010), pp. 58-59; y en el segundo caso, porque el artículo 38 inciso 2° de la Constitución ha excluido la aplicación de los artículos 2314 ó 2329 del Código Civil y también el artículo 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, sin perjuicio, como ya dijimos, del vuelco jurisprudencial en esta materia (sin perjuicio que en el futuro pudiera revertirse otra vez).

[53] No plantearemos el conflicto entre otras normas distintas de la ley con la Constitución, en que la herramienta utilizada contra actos o resoluciones (no leyes) contrarias a la Constitución es el recurso de protección (bien o mal) o la acción de nulidad de derecho público. Sin embargo, este tema también plantea varios conflictos en cuanto a que el juez ordinario no en pocas ocasiones rechaza estas acciones cuando el acto, resolución, decreto, etc., no obstante ser contrario a la Constitución, se conforma a la "Ley". Un interesante trabajo que aborda esta problemática puede encontrarse en Silva Irarrázabal (2007), pp. 294-301.

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La problemática se plantea porque en principio la solución estaría dada por el artículo 93 inciso 1º Nº 6 de la CPR que establece que: "Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 6º Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución" y más adelante, en su inciso 11º indica que: "En el caso del número 6º, la cuestión 'podrá' ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto". En consecuencia, y atendido lo anterior, ante la pregunta planteada, la solución a primera vista sería clara y sencilla: cuando el juez ordinario se encuentre en la disyuntiva de aplicar una norma legal que estima contraria a la Constitución, debería enviar los antecedentes al Tribunal Constitucional para que aquél resuelva la inaplicabilidad o no de dicha norma. Ello sin perjuicio que no sólo el juez "puede" enviar dichos antecedentes sino que también las partes, al claro tenor de la norma constitucional ya indicada. Sin embargo, esta tesis implicaría para algunos sostener que el artículo 6º de la Constitución entonces no sería obligatorio para el juez, ya que se infringiría "la fuerza normativa", "eficacia directa" o "aplicación directa" de la Constitución.

Al respecto, hay un sector de la doctrina que señala claramente que en la hipótesis que se está comentando, el juez está facultado para dar aplicación directa a la Constitución sin estar "obligado" a enviar los antecedentes al Tribunal Constitucional, de manera que en nuestro sistema se consagraría un "control difuso" de la constitucionalidad de la ley. Así, Ríos ha señalado que "resulta evidente, por tanto, que bajo el imperio del artículo 6º de la Constitución vigente, existe ahora en Chile un sistema de control jurisdiccional difuso de constitucionalidad de la ley, a cargo de todos los tribunales ordinarios del país, para ser aplicado en todos los asuntos que le corresponden resolver, con efecto 'inter partes' limitado al caso particular en que incida la decisión correspondiente, y sin perjuicio que subsista la vigencia de la norma declarada inaplicable"[54]. Es más, sostiene que esta competencia del juez ordinario es complementaria de la competencia que tenía en aquella época la Corte Suprema para conocer del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en el sentido que el usuario podría optar entre uno u otro mecanismo,

[54] Ríos (2002), p. 404. En su artículo Ríos sostiene que tal es la obligatoriedad del artículo 6º de la Constitución que el juez no puede dejar de aplicarla por las responsabilidades y sanciones que determine la ley según reza el inciso final de dicha norma, planteándose cómo puede excusarse del delito de prevaricación al fallar aplicando en el fallo una ley contraria a la Constitución.

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

destacando que "esta situación no tendría razón de variar si la acción de inaplicabilidad –de la que hoy conoce la Corte Suprema conforme al artículo 80– pasare a radicarse en la esfera del Tribunal Constitucional, como se ha proyectado"[55, 56]. En esta misma línea se inscribe también Martínez al indicar que "un sistema mixto de control de constitucionalidad como el de Portugal, cuya Constitución hace posible que tanto el Tribunal Constitucional como los jueces ordinarios controlen la constitucionalidad de las normas, parece en principio más lógico y más acorde a los caracteres de supremacía y directa aplicabilidad de la Constitución[57]. Finalmente Fernández en igual sentido indica que "cualquier Tribunal puede –y repito, debe– dejar de considerar, para su pronunciamiento el precepto legal que, incidiendo en él, sea, sin embargo, contrario a la Constitución. De esta forma, la vinculación directa preconizada por el poder constituyente operaría en todos los casos y respecto de todos los entes, públicos y privados, con excepción de los jueces…"[58].

Una opinión contraria la sostiene Letelier, quien expresa en síntesis que aun cuando la norma constitucional señala que la cuestión de inconstitucionalidad "podrá" ser planteada, lo que llevaría a la doctrina contraria a sostener que el control de constitucionalidad corresponde tanto al juez ordinario como al Tribunal Constitucional, en realidad el concepto "podrá" –ya siendo un argumento débil– hacer referencia a la cuestión de conferir poderes, competencias o legitimaciones y no entregar opciones o alternativas. Además plantea que aceptar una interpretación como la señalada por la doctrina contraria implicaría: 1. ir contra lo pretendido por las modificaciones constitucionales en orden a asegurar una jurisprudencia constitucional especializada y uniforme; 2. ir contra la tradición constitucional; 3. dejar sin efecto la norma en que el juez de oficio envíe los antecedentes cuando se dé el supuesto constitucional; 4. sería un contrasentido a la posibilidad de las

[55] Ríos (2002), p. 409.

[56] Sin perjuicio que este mismo autor se contradice según plantea Letelier (2010), p. 541 (nota al pie), porque sostiene en un trabajo posterior que "de un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, compartido entre dos órganos diferentes, progresamos a un control concentrado en un solo órgano supremo, lo que restablece el principio de unidad de jurisdicción en esta delicada materia y pone término a la indeseable dualidad interpretativa, anterior a la vigencia de la reforma...". Véase Ríos (2005), p. 79.

[57] Martínez (2005), p. 171.

[58] Fernández (2001), p. 98.

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

partes de plantear la cuestión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad[59].

Frente a este conflicto se han elaborado algunas opiniones. Así Marshall cita a Aldunate, quien plantearía que el Tribunal Constitucional no tiene la competencia para resolver antinomias sino para eliminarlas y de esta manera parece defender la competencia del juez del fondo para solucionar problemas de inconstitucionalidad en todo caso[60]. Marshall señala que no le queda claro qué puede significar eso indicando que "la aplicación de la expresión eliminación de la antinomia tiende a reservarse para la aplicación del principio de especialidad que no parece interesar en este caso"[61], planteando este último autor como solución considerar el límite en la distribución de competencias entre tribunales de control constitucional y tribunales de aplicación del derecho, en el sentido de que "una interpretación razonable del principio de supremacía constitucional, en lo relativo a la aplicación judicial de la Constitución, debe quedar restringida a los casos en que tal aplicación sea válida conforme a las reglas que definen los ámbitos de competencia de las potestades jurisdiccionales que se pretenden ejercer con dicha aplicación"[62]. Finalmente, en España García de Enterría y Fernández indican que la Constitución española no ha seguido el modelo kelseniano de justicia constitucional que en principio limita al Tribunal Constitucional hacer valer el carácter normativo de la Constitución. Señala que han seguido el modelo americano de supremacía recogido también en el alemán del Grundgesetz, destacando que el monopolio jurisdiccional del Tribunal Constitucional es sólo de rechazo o de expulsión de leyes que contradigan la Constitución (es decir, no habría

[59] Letelier (2007), pp. 550-553. Este trabajo tiene la virtud de plantear en forma clara y sintética cinco argumentos que sustentan la tesis de control difuso de constitucionalidad de la ley por el juez ordinario y luego los cuatro argumentos ya reseñados por el autor para plantear la crítica a esa tesis, así como un análisis crítico del artículo 6º de la Constitución.

[60] Precisando, Aldunate sostiene que ambas posturas se complementan puesto que lo que se entrega al Tribunal Constitucional es la facturad de declarar inaplicable un precepto legal a un caso, por ser inconstitucional su aplicación, por lo que esta facultad apunta a descargar al órgano de la instancia del problema de la antinomia. "Dicho de otra forma, el recurso de inaplicabilidad implica la posibilidad de un pronunciamiento anticipado que sustrae de las facultades del órgano jurisdiccional la consideración del precepto legal que ha sido declarado inconstitucional. No es, por tanto, una forma de resolver la antinomia en la instancia, sino de impedirla. Por lo tanto, no puede entenderse que el recurso de inaplicabilidad prive al órgano jurisdiccional de una facultad ajena a éste (o a la jurisdicción como atributo, habría que decir con mayor propiedad), cual es la de pronunciarse sobre la antinomia cuando ella se produce". Véase Aldunate (2008), pp. 203-204.

[61] Marshall (2010), p. 69 en pie de página Nº 38.

[62] Marshall (2010), p. 72.

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

control difuso de constitucionalidad)[63], pero no de cualquier aplicación de ésta. Indican que no puede el órgano judicial declarar por sí mismo que una Lley es contraria a la Constitución, declaración que le pertenece en exclusiva al Tribunal Constitucional, pero sí es suya la competencia de "considerar" que esa contradicción puede producirse y, paralelamente, la de resolver la duda por la negativa, esto es, a favor de la constitucionalidad abstractamente planteable[64]. Estos autores esquematizan aquellas facultades aplicativas de la Constitución por parte de los jueces ordinarios de la siguiente manera: 1. les corresponde la facultad de enjuiciamiento previo de constitucionalidad de las leyes; 2. suya es la facultad de resolver ese enjuiciamiento previo en sentido positivo de constitucionalidad de la ley; 3. les pertenece también el juicio de "posibilidad" de inconstitucionalidad de la ley en el cual tienen la obligación de plantear la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional; 4. pero quedan fuera de esa obligación de remitir la cuestión al Tribunal Constitucional la eventual inconstitucionalidad de reglamentos en que los jueces debe decidir por sí mismos; 5. la misma solución respecto de los actos jurídicos privados o públicos; 6. finalmente los jueces están obligados a interpretar la conformidad con la Constitución de todas las normas del ordenamiento jurídico en el momento de aplicación de dichas normas[65].

Frente a este panorama nuestro planteamiento es el siguiente:

1. Como se ha dicho en el presente trabajo, la fuerza normativa de la Constitución es una cualidad o característica de la norma constitucional en cuanto aquélla tiene el carácter de obligatoriedad jurídica o regla de derecho, en tanto que la aplicación directa es un efecto o consecuencia, práctica y posible, derivada de la supremacía constitucional y fuerza normativa.
2. Por su parte, ya se señaló que la supremacía constitucional es aquel principio constitucional que sitúa a la Constitución como la norma más alta

[63] Y ello fundamentalmente porque a diferencia de nuestra norma que establece que la cuestión de inconstitucionalidad "podrá" ser planteada, la norma constitucional española señala: "Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional…", es decir, no hay "posibilidad" o "alternativa" sino que un "deber" u "obligación" de plantear la cuestión.

[64] García y Fernández (2008), p. 108.

[65] García y Fernández (2008), pp. 108-110.

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

del ordenamiento jurídico y a la cual deben ajustarse el resto de las normas jurídicas, de manera que carecen de todo valor si pugnan con la Carta Fundamental.

3. Por lo tanto, si el juez ordinario constata que una norma legal aplicable al caso pugna con una o más normas constitucionales también aplicables que, como se dijo, poseen fuerza normativa, significa que el sentenciador se encuentra ante un conflicto de "reglas de derecho" (unas constitucionales y otras legales).

4. En consecuencia, estando el juez obligado tanto por la norma constitucional como por la norma legal (ya que ambas son reglas de derecho) deberá realizar un proceso de interpretación, ponderación si se da el caso[66], y aplicación de normas jurídicas, todo ello siempre con el objeto de resolver el caso concreto que se le presente.

5. Tratándose lo anterior de un problema de interpretación, ponderación y aplicación de normas jurídicas para resolver un caso concreto, el juez está constitucional y legalmente habilitado para resolver el conflicto, puesto que esa es su función esencial y natural, ya que al resolver un caso concreto o controversia de relevancia jurídica entre partes sometida a su decisión está juzgando (artículo 76 de la CPR[67] y 1º del Código Orgánico de Tribunales [en adelante COT][68]) y no puede excusarse de ejercer su función ni aun por falta de Ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión (artículo 76 inciso 2º de la Constitución Política y 10 inciso 2º del COT). Pues bien, si el juez ordinario puede juzgar o resolver aun a falta de ley, también puede hacerlo si esa ley no es aplicable por ser contraria a la Constitución. Por lo demás, la inaplicabilidad de una Ley no es un problema de "eliminación" o expulsión de normas del ordenamiento jurídico, competencia exclusiva y excluyente del Tribunal Constitucional a través de la "cuestión de inconstitucionalidad"

[66] Se ha sostenido que la ponderación opera en los casos de conflictos entre principios y no de reglas. Al respecto, un análisis sobre la ponderación para resolver los conflictos entre normas constitucionales puede verse en Guastini (2007), pp. 631-637.

[67] Artículo 76: "La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la Ley".

[68] Artículo 1º: "La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la Ley".

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

como más adelante veremos, sino que sólo de pérdida de eficacia para el caso concreto, ya que mantiene su validez para otros casos. Dicho de otro modo, no hay un problema de validez de la norma sino que sólo de su eficacia[69]. Lo anterior también puede entenderse en el sentido de que el juez ordinario lo que hace (frecuentemente) cuando entran en juego varias normas jurídicas (sean legales, infralegales e incluso constitucionales) que están en conflicto para resolver el caso concreto, es resolver antinomias (reales o aparentes) pero no eliminarlas, ya que dicha eliminación de manera definitiva y con efectos *erga omnes* le corresponde al Tribunal Constitucional[70].

6. Entonces, en este proceso de interpretación, ponderación y aplicación de normas jurídicas el juez puede: a) fijar el recto sentido y alcance de la norma legal por lo que la interpreta en conformidad u orientada a la Constitución, resolviendo con ello el caso concreto, y aplicando la norma legal en este sentido; b) puede modificar sustancialmente la aplicación de la norma legal, eliminando algún aspecto de ella, o complementando otro, y resolver el caso concreto, aplicando la norma legal modificada después de la interpretación y ponderación; c) puede preterir la norma legal en conflicto, no aplicándola

[69] Al respecto, véase Jinesta (1996), pp. 5-6. Este autor plantea, en síntesis, que la "desaplicación sin declaratoria de inconstitucionalidad" que para nosotros constituiría la "inaplicabilidad" difiere de la declararatoria de inconstitucionalidad, constituyendo conceptos jurídico-dogmáticos totalmente distintos, destacando que la figura de la desaplicación (inaplicabilidad) no es un instrumento ideado para controlar la constitucionalidad de las leyes y otras normas, sino para ejercitar la función jurisdiccional en forma congruente con el bloque de constitucionalidad. Además sostiene que la desaplicación es una sanción menor atinente a la esfera de eficacia y no de validez de la norma o del acto desaplicado, puesto que permanecen válidos y producen efectos para otros supuestos. Lo único que acarrea la desaplicación es la negación de los efectos de la norma con alcance limitado al caso concreto.

[70] Relacionando la idea de Aldunate (el juez resuelve el problema de la antinomia y en tanto que el Tribunal Constitucional la impide), estimamos efectivamente que lo que hace un juez ordinario al inaplicar la norma legal en esa sede es "resolver" un problema de antinomias; el Tribunal Constitucional al declarar la inaplicabilidad de dicha norma, la "impide" y al declararla como inconstitucional "la elimina". Sin embargo surge la duda en cuanto si es misión de un Tribunal Constitucional "impedir" conflicto de normas ya que su origen siempre estuvo en la eliminación o expulsión de normas del ordenamiento jurídico, como se dirá más adelante. Lo que sucede, y tal como apunta Aldunate, es que el Tribunal Constitucional debe efectuar una suerte de "pronunciamiento anticipado", lo que interpretamos en el sentido que de alguna manera dicho tribunal debe "adelantar" hipotéticamente el resultado del juicio para estimar si la norma atacada en esa hipótesis es contraria a la Constitución en sus "efectos". Ello de alguna manera, en nuestra opinión, podría influir notoriamente en la decisión del juez ordinario, con lo que ya comenzamos a entrar en la delgada línea de la intromisión de las atribuciones del Tribunal Constitucional a la de los jueces de fondo, con los consiguientes inconvenientes.

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en definitiva y aplicar otra norma legal resolviendo el caso concreto después de la referida interpretación y ponderación[71], y d) puede, como resultado de la interpretación y ponderación, preterir la norma legal, no aplicándola en definitiva y ante falta de otra norma legal, aplicar directamente una norma constitucional, resolviendo el caso concreto[72].

7. En conclusión, el juez sí puede aplicar la norma constitucional y no aplicar la norma legal en contrario resolviendo el caso concreto porque: a) está dentro de sus funciones y competencia el juzgar resolviendo la controversia a través de un proceso de interpretación, ponderación y aplicación de normas jurídicas, ya que el juez está legal y constitucionalmente habilitado para ello siendo su función natural y esencial (artículos 76 inciso 1º de la CPR y artículo 1º del COT); b) el juez no puede excusarse de ejercer esa función ni aun por falta de ley que resuelva la controversia sometida a su decisión (artículo 76 inciso 2º de la CPR y 10º inciso 2º del COT); c) al actuar bajo previa investidura dentro de su competencia y en la forma que le ha señalado la ley dicha actuación es válida (artículo 7º inciso primero de la CPR); d) las normas constitucionales aplicables al caso obligan al juez en virtud de su fuerza normativa ya que constituyen reglas de derecho (artículo 6º inciso 2º de la CPR), en tanto que para el caso de existir una norma legal en contrario ella no puede tener valor alguno en virtud del principio de supremacía constitucional (artículo 6º

[71] Sería el caso en que existan dos o más preceptos legales aplicables al caso, pero uno de ellos es contrario en sus efectos a la Constitución. En tal caso el juez inaplicará uno de ellos pero aplicará el otro. Nótese que este razonamiento no cambia en los casos que ya vimos de aplicación directa de la Constitución referidos a la nulidad de derecho público y responsabilidad del Estado (en el epígrafe IV). En esos casos, el juez aplicó la Constitución (artículos 7º y 38 inciso 2º de la CPR respectivamente) y rechazó la aplicación de normas del Código Civil. Aquí el proceso de razonamiento del juez es el mismo que para el caso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (es decir, interpreta, pondera, aplica normas y desaplica otras) con la diferencia del fundamento para no aplicar la norma. En aquellos casos señalados utilizó un criterio de especialidad e improcedencia de la norma civil (la nulidad del derecho público en ese caso concreto y la responsabilidad del Estado se regulan por la Constitución y no por el Código Civil), en tanto que en la inaplicabilidad por inconstitucionalidad utiliza un criterio de jerarquía (supremacía constitucional). Entonces, no porque habiendo utilizado el mismo razonamiento o proceso de interpretación, ponderación y aplicación, y sólo cambie el fundamento de la inaplicación de normas, en el primer caso conoce el juez ordinario y en el segundo no.

[72] Con ello, mantenemos nuestra tesis inicial en cuanto la aplicación directa de la Constitución es una consecuencia "práctica y posible" que se le presenta al juez ordinario, como resultado de la supremacía constitucional y la fuerza normativa de la Constitución.

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

inciso 1º de la CPR)[73]; e) no existe norma legal ni constitucional alguna que le impida al juez ordinario la aplicación directa o indirecta de la constitución; por el contrario, está obligado a ella; f) no existe norma legal o constitucional alguna que obligue al juez a plantear una cuestión de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional porque, como ya lo ha dicho la doctrina favorable al control difuso de constitucionalidad, el artículo 93 inciso 1º Nº 6 de la CPR establece para el juez sólo una facultad más no una obligación ni deber de plantear dicha cuestión de inaplicabilidad.

Ahora bien, frente a este planteamiento, en que en definitiva adherimos también a lo ya señalado por Ríos, Martínez, Fernández y Aldunate, queremos hacernos cargo muy brevemente de las críticas que señalarían que esta tesis no es sostenible y que son principalmente las siguientes: 1) la cuestión de inaplicabilidad es de competencia exclusiva y excluyente del Tribunal Constitucional; 2) se afectaría una pretendida jurisprudencia especializada y uniforme del Tribunal Constitucional con la pérdida de certeza jurídica; 3) se afectaría el control concentrado que se pretende con el Tribunal Constitucional; 4) dejaría sin posibilidad a las partes de plantear la inaplicabilidad al inaplicar el juez la norma legal; 5) el juez cometería prevaricación al no aplicar una ley vigente.

Veamos pues, cada una de estas críticas:

1. La cuestión de inaplicabilidad es de competencia exclusiva y excluyente del Tribunal Constitucional. Ello, por cuanto el artículo 93 inciso 1º de la Constitución Política señala que "son atribuciones" del Tribunal Constitucional, y enumera el Nº 6 que se refiere a la inaplicabilidad. Sin embargo, no se establece en dicha norma que la competencia sea exclusiva y excluyente, ya que aquella competencia, si corresponde a esa característica, está dada fundamentalmente porque otros órganos simplemente no detentan la misma competencia que el Tribunal Constitucional, la que requiere habilitación expresa (artículo 7º de la CPR). Sin embargo, tratándose de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, puede observarse que el control concreto de constitucionalidad implica una conexión directa al caso concreto

[73] Estos fundamentos ya habían sido planteados de una u otra manera por la doctrina minoritaria de Ríos, Martínez y Fernández, según ya se han citado.

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

al momento de contrastar la norma legal con la constitucional, y como el vicio se produce en "los efectos" de la norma aplicada, se trata de una conclusión que es el resultado de una interpretación, ponderación y aplicación de normas jurídicas que en realidad es propia del juez ordinario. Por ello el tema es muy diferente: sucede que el Tribunal Constitucional es quien está de alguna manera invadiendo la competencia que ha sido siempre consustancial al juez ordinario, porque el análisis del caso concreto para resolver un conflicto normativo, no es de la esencia de un Tribunal Constitucional cuya función principal y original siempre fue la inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*, de una norma legal que en "abstracto" es contraria a la Constitución[74], todo ello para expulsar o eliminar del ordenamiento jurídico la norma contraria a ella, lo que es propio de un sistema kelseniano que busca preservar el sistema normativo, sin antinomias.

2. Se afectaría una pretendida jurisprudencia especializada y uniforme del Tribunal Constitucional con la pérdida de certeza jurídica. Ello sería cierto sólo si el Tribunal Constitucional fuera el "único" intérprete de la Constitución. Sin embargo, desde ya mucho tiempo que el juez ordinario interpreta ya sea la Constitución o la ley en conformidad a ella. Así por ejemplo, en los recursos de protección son abundantes las interpretaciones del texto fundamental, pero

[74] En efecto, "Kelsen imagina el control 'concentrado' en un único órgano judicial especializado, el Tribunal Constitucional, al que los demás jueces y Tribunales remitirán por vía prejudicial para que decida la cuestión de la eventual inconstitucionalidad de las Leyes. Pero el sistema es algo más que un artilugio organizativo: encierra, en realidad, algo más profundo. Las Sentencias que declaren dentro del sistema kelseniano la inconstitucionalidad tendrán valor *erga omnes*, afectarán a todos los ciudadanos, y no sólo a las partes del proceso en que la cuestión prejudicial ha surgido, lo cual es un tipo de efecto propio de las Sentencias. Hasta ese momento las Leyes son válidas y aplicables; sólo la Sentencia de inconstitucionalidad las desengancha del sistema normativo… El Tribunal Constitucional se revela así ser una parte del Poder Legislativo, el '*legislador negativo*' y no un órgano genuino del poder judicial. El poder judicial consiste, dice Kelsen, en aplicar el Derecho a un hecho apreciado por el propio órgano. *El Tribunal Constitucional no aplica aquí el Derecho a ningún hecho concreto, sino que se limita a decidir sobre la compatibilidad entres dos normas igualmente abstractas, la Constitución y la Ley* (la cursiva es nuestra). De este modo el sistema mantiene estrictamente la seguridad jurídica derivada del mundo de las Leyes, puesto que sólo el Tribunal Constitucional posee el poder de expulsar a éstas del orden jurídico, el 'monopolio de expulsión' o 'rechazo'" (García y Fernández [2008], pp.105-106). Finalmente, en un sentido similar, Martínez sostiene que "la concepción kelseniana del Derecho concibió necesaria la creación de un sistema, que velase por la concordancia entre las normas inferiores del ordenamiento jurídico con la Constitución. Se debe justamente a Kelsen la creación de los tribunales constitucionales, inventados con ese preciso fin. La constitución austríaca de 1920 refleja con nitidez la influencia del pensamiento kelseniano" (Martínez [2005], p. 152).

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

también en los casos de aplicación mediata o indirecta que ya vimos (recurso de nulidad en materia laboral y penal, tutela de derechos fundamentales en materia laboral, recurso de casación, etcétera) o en el caso de derogación de normas legales anteriores a la Constitución, de manera que esta pretendida uniformidad no pasa a ser más que buenas intenciones pero que no se condicen con la realidad de nuestro sistema, puesto que claramente quienes interpretan la Constitución son, entre otros, la Corte Suprema, los tribunales superiores e inferiores de justicia, los tribunales especiales, la Contraloría General de la República en su ámbito administrativo, el Tribunal Calificador de Elecciones, etcétera y no solamente el Tribunal Constitucional. Ahora bien, si lo que se pretende señalar es que se pierde esa jurisprudencia especializada y uniforme respecto a la constitucionalidad de "la ley", tampoco es efectivo, por cuanto el control concreto de constitucionalidad de la ley implica que aquélla puede ser constitucional o no para el caso concreto y según "los efectos" de que resulten de su aplicación (al caso a caso) que obviamente implicará que en varias situaciones la norma será aplicable y en otras no (a menos que en "abstracto" esa norma sea inconstitucional) porque perfectamente la norma impugnada puede ser constitucional en abstracto pero inconstitucional en concreto[75], lo que hace complejo esa pretendida jurisprudencia uniforme[76, 77]. En tal aspecto,

[75] Ya el Tribunal Constitucional ha señalado que la decisión jurisdiccional del Tribunal "ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto y no necesariamente en su contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional (c. 3º) Sentencia rol N° 1061-08 citada por Aldunate (2009b), p. 8.

[76] Ello por cuanto "no será siempre posible extraer conclusiones jurisprudenciales o doctrinas de carácter general acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de determinados preceptos legales. Por lo tanto, ello no impediría que un precepto legal inaplicable en sucesivos casos concretos, pueda permanecer dentro del ordenamiento jurídico, y otros sean tan ostensiblemente inconstitucionales *per se*, que justifiquen su inmediata expulsión del orden jurídico nacional" (c. 3º). Sentencia rol N° 1061-08 citada por Aldunate (2009b), p. 8. Lo anterior es lógico porque se trata de un control de caso concreto, del caso a caso, que difícilmente puede constituir jurisprudencia uniforme en algunas situaciones.

[77] Aquí ya se observa otro trastorno o anomalía en el funcionamiento de nuestro Tribunal Constitucional a propósito de la "cuestión de inconstitucionalidad". En efecto, por una parte dicha magistratura sostiene que del control concreto de constitucionalidad puede suceder que una norma declarada inaplicable podría permanecer en nuestro ordenamiento jurídico no obstante su sucesiva inaplicabilidad ya que sólo en "determinados casos", que pueden repetirse varias veces, la norma cuestionada "en su efectos" es inconstitucional, mientras que para otras situaciones es claramente constitucional. Sin embargo, el propio artículo 93 inciso 1° Nº 7 de nuestra CPR señala acto seguido que el Tribunal Constitucional tiene la atribución de declarar la inconstitucionalidad de "un precepto inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numerando anterior". Es decir, la base, fundamento y antecedente de la "cuestión de inconstitucionalidad" que tiene por objeto eliminar o expulsar el precepto legal del ordenamiento jurídico es la "inaplicabilidad" del mismo, porque en

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

si de uniformidad y especialidad se tratare, la inaplicabilidad de la norma por el juez ordinario puede llegar a la Corte Suprema o en general a los tribunales superiores, quienes en definitiva pueden fijar jurisprudencia sobre la materia de manera uniforme.

3. Se afectaría el control concentrado que se pretende con el Tribunal Constitucional. En realidad, el control concentrado, de la forma en que se creó el Tribunal Constitucional europeo (diseño original) se refería a la "cuestión de inconstitucionalidad" pero no la inaplicabilidad de la norma legal, que es propio del sistema norteamericano[78], de manera que se pretende un control concentrado respecto de un tipo de control de constitucionalidad (inaplicabilidad) que es originariamente difuso[79]. No es propio de una

"sus efectos" fue contraria a la Constitución. Dicho de otra manera, la pérdida de "eficacia" pero no de validez de la norma legal es la base o fundamento de la pérdida de "validez" de la misma, lo que no resulta coherente. Es por ello que la doctrina disidente pero concurrente en la sentencia rol 1061-08 del Tribunal Constitucional compuesta por los ministros señores Mario Fernández Baeza, Marcelo Venegas Palacios y Enrique Navarro Beltrán señalan que "no comparten estos jueces previnientes la afirmación contenida en la sentencia, en el sentido que 'la Carta Fundamental' habilita a declarar la inaplicabilidad no en caso que el precepto sea contrario a la Carta Fundamental, sino en el evento de que su aplicación a la gestión pendiente resulta contraria a ella", y reiteran, en cambio, de acuerdo a la forma en que entienden la doctrina anterior, que si bien es cierto que la aplicación de un precepto legal perfectamente constitucional puede, en un caso concreto, resultar contraria a la Constitución y, por tanto, procederá decretar su inaplicabilidad en ese caso, también es cierto que deberá declararse igualmente la inaplicabilidad de aquel precepto legal que *es per* se contraria a la Constitución, con la diferencia de que su aplicación, si se hace valer lógicamente el principio de supremacía constitucional, no podría resultar conforme con la Constitución en ningún caso. Así, tras ser dicho precepto declarado inaplicable en un caso, se justificará con mayor probabilidad su pronta expulsión del sistema jurídico mediante el ejercicio de la facultad consagrada en el N° 7 del artículo 93. Lo dicho explica, por lo demás, que ambas instituciones, la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad, sean de ejercicio independiente pero sucesivo". Sentencia rol N° 1061-08 citada por Aldunate (2009b), pp. 9-10.

[78] Ha sido el ya tantas veces conocido fallo "Marbury versus Madison" de 1803, cuyo protagonismo se le atribuye al entonces presidente de la Corte Suprema John Marshall, lo que da origen a la inaplicabilidad de las leyes, el control difuso de constitucionalidad y sobre todo la consagración del principio de supremacía Constitucional. Véase Silva (1997), pp. 131 y sgtes.

[79] El control difuso de constitucionalidad se produce en el sistema norteamericano a consecuencia de un fenómeno distinto al de la inaplicabilidad propiamente tal, cual es la figura del "precedente" propio del *common law* en cuya virtud la norma inaplicada jamás se podrá invocar por los tribunales inferiores, lo que en "la práctica" equivale a la derogación de la norma. Es decir, la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico opera por una cuestión "extrínseca" a la inaplicabilidad misma. Ello no sucede en nuestro sistema jurídico nacional ya que la inaplicabilidad de la norma en ningún caso la expulsa del ordenamiento jurídico porque no existe el sistema del precedente judicial y los efectos de la sentencia son relativos, esto es, sólo para las partes del juicio. Por ello cabe la pregunta que se enuncia en el epígrafe: ¿control difuso? Al respecto, y sólo para dejar planteada la pregunta, Jinesta sostiene que la figura de la desaplicación no es un instrumento ideado para controlar la

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que sólo ataca la eficacia de la norma y no su validez, que sea concentrada en un Tribunal Constitucional, sino que debe ser resuelta por el juez ordinario en el caso a caso atendida su especial conexión con la controversia de las partes, respecto de la cual el mejor espectador es el juez ordinario que tiene una apreciación directa de los hechos, no así el Tribunal Constitucional[80]. En este punto desde ya podría advertirse algún problema de diseño en relación a la inaplicabilidad como atribución del Tribunal Constitucional[81] así como los problemas que ha generado la sentencia de inaplicabilidad[82]. Con todo, es posible apreciar casos de inaplicabilidad

constitucionalidad de las leyes ni constituye un instrumento de control difuso de constitucionalidad, de manera que el juez al desaplicar una norma no está ejerciendo un control de constitucionalidad de la norma o el acto, sino que simplemente se limita a su deber de sometimiento absoluto a la Constitución (Jinesta [1996], pp. 6-7).

[80] En este aspecto ya Aldunate ha observado los problemas que ha tenido que enfrentar el Tribunal Constitucional atendida las dificultades que trae aparejada la idea de una inaplicabilidad como "control concreto", ello en relación con las facultades del juez de fondo y el conocimiento de los hechos. Así "se puede resumir que, en lo tocante a los hechos, en ocasiones el Tribunal argumenta que no le corresponde entrar a conocer de ellos por invadir las facultades del juez de la instancia; en otras ocasiones el Tribunal afirma su competencia y la importancia para conocer de los hechos de la causa para resolver la inaplicabilidad, y en un tercer matiz, es posible distinguir casos en que esta afirmación no va seguida de un efectivo análisis de los hechos de la causa, siendo que ellos eran determinantes para resolver el eventual efecto de inconstitucionalidad… esta disparidad de criterios no es tanto un reproche que se pueda hacer a los juzgadores, sino que da cuenta del problema planteado anteriormente: se trata de un diseño de control concreto que no es control concreto (subrayado nuestro) desde el momento que no otorga al órgano de jurisdicción constitucional el conocimiento del asunto en sentido jurisdiccional, sino que solamente informativo. Aldunate (2009b), p. 16.

[81] La tesis que sostenemos en cuanto a la inaplicabilidad de la ley por el juez ordinario se sustenta en una crítica de fondo al funcionamiento del Tribunal Constitucional cuyo desarrollo excede el presente trabajo. Sólo como manera de plantear la problemática que puede ser objeto de trabajos posteriores, baste decir que la inaplicabilidad de la ley para el caso concreto es el resultado de un proceso de interpretación y ponderación de normas jurídicas –como ya se ha dicho– propia de la labor de un juez ordinario y no de un Tribunal Constitucional. El diseño original del Tribunal Constitucional europeo típicamente kelseniano descansó sobre la base de la eliminación o expulsión del ordenamiento jurídico de normas jurídicas contrarias "en abstracto" a la Constitución, de manera que la "cuestión de inconstitucionalidad" es propio de un Tribunal Constitucional, sin conexión a un caso concreto y propio de un control concentrado, en tanto que "la inaplicabilidad" tiene su origen en la judicatura ordinaria, a propósito de un caso concreto y propio de un control difuso. Sucede entonces que nuestro Tribunal Constitucional en la reforma constitucional de 2005, luego de incorporársele la "cuestión de inconstitucionalidad", coherente con el modelo kelseniano europeo de control de constitucionalidad, se le incorpora a continuación "la inaplicabilidad" propia del modelo norteamericano, produciendo una colisión de dos influencias jurídicas que no se ven compatibles entre sí en un mismo Tribunal Constitucional, generando los problemas que ya nuestra doctrina advierte a propósito de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

[82] Considerando los problemas que se han planteado en la competencia del Tribunal Constitucional en relación a las sentencias "estimatorias" del Tribunal Constitucional para los tribunales de fondo,

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de una ley por parte del juez ordinario, o que se asemejen mucho a ello, por ejemplo, a propósito de los recursos de protección acogidos por Cortes de Apelaciones y Corte Suprema en que se ha reclamado en contra de la pretensión de las Instituciones de Salud Previsional (Isapres) de aumentar el precio del plan de salud, quienes argumentaban que están facultadas por ley para ello (artículo 197 inciso 3° de la Ley de Isapres). En estos casos se ha fallado que dicha aplicación de la norma legal no es razonable ni lógica, pues la facultad contenida en ella no se fundó en cambios efectivamente pormenorizados y comprobados de las condiciones que se requieren para el aumento del plan de salud, aplicándose, en cambio, el artículo 1545 del Código Civil (que impide la modificación unilateral de los contratos) en armonía con el artículo 19 N° 24 de la CPR[83]. En resumen, se "inaplicó" una norma legal y se aplicó una norma constitucional. Ahora bien, si aquello no es lo que se denomina técnicamente un control concreto de constitucionalidad, entonces cabe preguntarse qué es.

4. Dejaría sin posibilidad a las partes de plantear la acción de inaplicabilidad al declarar el juez aquella inaplicabilidad. Este argumento que plantea Letelier[84],

tanto los efectos directos de inaplicación (en su efecto negativo o inhibitorio, como señala Núñez, cuando se acoge el requerimiento "sólo en cuanto…" o "en el entendido que") como indirectos de revocatorio o casasorio en atención al efecto que tiene la inaplicación en la decisión judicial, se ha hecho la crítica de "la eventual transformación práctica de la acción de inaplicabilidad en una suerte de 'pseudo amparo extraordinario de derechos fundamentales' que haga al Tribunal Constitucional un verdadero tribunal de 'supercasación'" (Zúñiga [2010], p. 176) o "abriendo la acción de inaplicabilidad a la constelación de vías procesales o recursos que se emplean para obtener resultados adecuados para los intereses de parte o justiciable; y eventualmente, contribuir a una disputa o 'querella' de magistraturas". Zúñiga (2010), p. 181.

[83] Es el caso del fallo "Alberto Exequiel Sepúlveda Osman con Isapre Cruz Blanca S.A." (Corte Suprema, 25/10/2010, 7458-2010 N° Legal Publishing: 46823), destacando en sus considerandos que "la recurrida no ha demostrado factores atendibles que justifiquen revisar la adecuación del precio base del plan al que se acogió el recurrente, de lo que se sigue que la actuación observada y que se reprochó, si bien enmarcada en el artículo 197 del D.F.L. N° 1 de Salud, no corresponde a una aplicación razonable y lógica de la aludida facultad…" (Considerando 7° Corte Suprema) y "que dicha arbitrariedad importa afectar directamente el derecho de propiedad del recurrente protegido por el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, desde que lo actuado implica una disminución concreta y efectiva en el patrimonio de éste al tener que soportar una injustificada carga derivada del mayor costo de su plan de salud por este motivo…" (Considerando 9°). Bastante se parece a lo que se denomina un "control concreto" de constitucionalidad de una ley, puesto que se está inaplicando el artículo 197 inciso 3° de la Ley de Isapres debido a que en este "caso concreto" sus "efectos" (es decir, aplicar la norma legal aumentado el precio del plan de salud) son contrarios a la Constitución, al afectar el derecho de propiedad señalado en el artículo 19 N° 24 de la CPR.

[84] Letelier señala que de aceptar que el juez ordinario pueda inaplicar un precepto legal cuando tenga

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en realidad no es tal, porque siempre las partes tienen la posibilidad de plantear la inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional y mientras el juez "no falle" en su sentencia inaplicando la norma legal, las partes tienen la posibilidad de ejercer la referida acción[85].

5. El juez cometería prevaricación al no aplicar una ley vigente. En este aspecto, el artículo 223 N° 1 del Código Penal establece como una de las hipótesis de prevaricación del juez "cuando a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil". Sin embargo, se ha señalado que "es requisito indispensable, según la locución a sabiendas, el que se justifique que obró el juez con voluntad reflexiva y consciente de delinquir"[86] y que "ni siquiera es suficiente que el juez se encuentre en duda acerca del recto alcance e interpretación de la Ley… No se trata sólo de una incorrección jurídica, sino de una incorrección moral. Esta exigencia es de especial interés, porque admite en forma expresa el poder excusante del error de derecho…"[87]. Lo dicho implica que no puede imputarse una prevaricación por el hecho de que el juez aplique una norma constitucional y rechace la aplicación de una norma legal contraria a ella, puesto que podrá estimarse en el peor de los casos un error de apreciación en la interpretación, ponderación y aplicación de la norma, pero jamás el ánimo de delinquir.

VI. CONCLUSIONES

1. En nuestro medio, los conceptos de supremacía constitucional, fuerza normativa, eficacia directa, vinculación directa y aplicación directa, no han sido precisados de manera de comprender cabalmente el sentido y alcance de cada uno de ellos.

2. Del análisis efectuado ha podido concluirse que la aplicación directa es "un efecto o consecuencia más" de la supremacía constitucional como principio

certeza de su inconstitucionalidad importaría un contrasentido de la posibilidad de las partes de plantear directamente la inaplicabilidad al Tribunal Constitucional (Letelier [2007], p. 553).

[85] Lo que sucede es que Letelier establece el argumento que el juez ordinario cuando tenga certeza "en cualquier momento" podría declarar la inaplicabilidad, pero en realidad ello no es así porque el juez, de hacerlo, lo hará en la sentencia definitiva, no antes.

[86] C. Valparaíso, 13 agosto 1901. G. 1901, t. I, Nº 1.621, p. 1457.

[87] Etcheberry (2004), pp. 215-216.

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

y la fuerza normativa como cualidad de la norma constitucional, y que en la práctica puede darse cuando el llamado a aplicarla, que en lo que nos interesa, es el juez, la incorpora al sistema de fuentes para resolver un caso concreto. Entonces del artículo 6º de la Constitución no puede desprenderse como un principio capital la aplicación directa de la Constitución.

3. Analizada varias situaciones típicas de aplicación de la Constitución por parte del juez ordinario, puede constatarse que los casos aparentes de aplicación directa serían, en realidad, de aplicación indirecta o mediata de la Constitución, siendo más excepcionales, desde el punto de vista de las hipótesis, los casos de aplicación directa.

4. La temática de aplicación inmediata o mediata no es una cuestión de mayor o menor trascendencia o importancia, sino que es una cuestión de hecho respecto de qué tipo de aplicación se dé. Lo fundamental es que se aplique la Constitución, lo secundario es si esa aplicación sea mediata o inmediata, y ya sea una aplicación directa o indirecta, ambas tienen y deben tener el mismo valor.

5. En todo caso, es una realidad el hecho de que los jueces en la práctica aplican directamente la Constitución y no hay objeción legal o constitucional alguna para que ello sea o no sea posible.

6. Finalmente, en esa aplicación directa, el verdadero problema se plantea cuando la norma constitucional entra en conflicto con la norma legal, pero en tal caso, el juez puede aplicar la norma constitucional pretiriendo la norma legal contraria a la Constitución.

7. El juez puede aplicar la norma constitucional y no aplicar la norma legal en contrario resolviendo el caso concreto porque está legal y constitucionalmente habilitado para juzgar; además está obligado por el artículo 6º de la CPR, no le está vedada esta función y sólo se establece una facultad para que plantee la cuestión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, principalmente.

8. Las críticas a esta tesis no logran desvirtuar el planteamiento anterior, por cuanto la inaplicabilidad por inconstitucionalidad como control concreto es de la esencia del juez ordinario y no del Tribunal Constitucional que está

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

llamado desde sus orígenes a la eliminación de normas inconstitucionales a través de la cuestión de inconstitucionalidad en el control abstracto, y no su inaplicabilidad, de manera que pretender tener una competencia exclusiva y excluyente en este tópico, ser el único intérprete constitucional y concentrar dicho control no se condice con la función que realmente le corresponde a este máximo tribunal.

BIBLIOGRAFÍA

Aldunate Lizana, Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales* (Santiago de Chile, Editorial Legal Publishing), 439 pp.

Aldunate Lizana, Eduardo (2009a): "La fuerza normativa de la Constitución y el sistema de fuentes del derecho", *Revista de Derecho* XXXII (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), pp. 443-484.

Aldunate Lizana, Eduardo (2009b): *Jurisprudencia constitucional 2006-2008*, estudio selectivo (Santiago, Editorial Abeledo Perrot Legal Publishing), 102 pp.

Aros Chia, Marcelo (2004): "La Fuerza Normativa de la Constitución: Un Principio Vinculante de la Judicatura Constitucional", *Revista de Derecho Público* N° 66 (Santiago, Universidad de Chile), pp. 145-161.

Bermúdez Soto, Jorge (2010): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot Legal Publishing), 349 pp.

Bordali Salamanca, Andrés (2007): "La unidad en la interpretación jurisdiccional de los derechos fundamentales: Una tarea pendiente en el derecho chileno" *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 N° 3 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile), pp. 517-538.

Caldera Delgado, Hugo (1982): Sistema de Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución Política de Chile (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 541 pp.

Caldera Delgado, Hugo (1990): "Fuerza normativa de las disposiciones contenidas en el capítulo I 'Bases de la Institucionalidad' de la Constitución Política de 1980". *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo LXXXVII, N° 1: enero - abril, pp. 25-33.

Cea Egaña, José (1986): "Notas sobre inaplicabilidad y derogación de preceptos legales", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13 N° 1 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile), pp. 25-31.

Cea Egaña, José (2004): *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Derecho Deberes y Garantías, (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004), 406 pp.

Cordero Vega, Luis (2010): *La responsabilidad de la Administración del Estado* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot Legal Publishing, 2ª Edición), 228 pp.

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Cruz, Luis (2009): "La constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo", *Díkaion*, año 23 N° 18 (Chía Colombia), pp.11-31.

Durán Martínez, Augusto (2009): "En torno al neoconstitucionalismo" en Arancibia Mattar, Jaime y Martínez Estay, Ignacio (coordinadores) *La Primacía de la Persona* (Santiago de Chile, Editorial Legal Publishing), pp. 388-402.

Favoreu, Luis Joseph (2001): "La constitucionalización del derecho" *Revista de Derecho* (Valdivia, Universidad Austral), pp. 31-43.

Fernández González, Miguel (2001): "La fuerza normativa de la Constitución", *Revista de Derecho Público* N° 63 (Santiago, Universidad de Chile), pp. 77-102.

Fernández González, Miguel (2005): "Constitución y Casación: ¿De la falta de aplicación al Monopolio Constitucional?" *Estudios Constitucionales*, vol. 3 N° 1 (Talca, Universidad de Talca), pp. 97-118.

Fiamma, Gustavo (1989): "La Acción Constitucional de Responsabilidad y la Responsabilidad por Falta de Servicio", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, Nº 2, 1989 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile), pp. 434-435.

Gandulfo R., Eduardo (2008): "Casación y Constitución, en materia de fondo civil. Reflexiones metodológicas sobre una sentencia que venció las tentaciones", *Ius Et Praxis*, año 14 N° 2 (Talca, Universidad de Talca), pp. 611-637.

García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón (2008): *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I (Navarra, Editorial Aranzadi, SA), 847 pp.

Guastini, Riccardo (2007): "Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales" (Traducción de Pedro P. Grández Castro, profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Asesor del Tribunal Constitucional), *Palestra del Tribunal Constitucional, Revista mensual de Jurisprudencia*, año 2 N° 8, agosto (Lima), pp. 631-637.

Huerta Ochoa, Carla (2003): "La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos", *Boletín mexicano de derecho comparado*, nueva serie, año XXXVI Nº 108 (México), pp. 927-950.

Jinesta Lobo, Ernesto (1996): "La interpretación y aplicación directas del derecho de la Constitución por el juez ordinario", *Ivstitia*, año 10. Nºs 118-119. Octubre-noviembre (Costa Rica), pp. 1-18.

Marshall Barberan, Pablo (2010): "El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución", *Estudios Constitucionales*, año 8 N° 1 (Talca, Universidad de Talca), pp. 43-78.

Martínez Estay, José (2003): "El juez y los efectos de la Constitución en el tiempo", *Estudios Constitucionales,* año 1 N° 1 (Talca, Universidad de Talca), pp. 715-737.

Martínez Estay, José (2005): "El sistema europeo-continental de justicia constitucional", *Estudios Constitucionales,* año 1 N° 1 (Talca, Universidad de Talca), pp. 149-171.

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Molina Guaita, Hernán (2006): *Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial LexisNexis), 551 pp.

Muñoz Díaz, Patricio (2009): "La Constitución y la interpretación de la ley", en Arancibia Mattar, Jaime y Martínez Estay, Ignacio (coordinadores) *La Primacía de la Persona* (Santiago de Chile, Editorial Legal Publishing), pp. 433-444.

Pantoja Bauzá, Rolando (1987): *Bases Generales de la Administración del Estado* (Santiago, Editorial Ediar - Conosur Ltda.), 180 pp.

Pierry Arrau, Pedro (2001): "Nulidad de Derecho Público: comentario a un comentario", revista *La Semana Jurídica*, N° 11, del 22 al 28 de enero de 2001.

Ríos Alvarez, Lautaro (1988): "El principio de supremacía de la Constitución y el Tribunal Constitucional" *Revista de Ciencias Sociales* N^{os} 32-33 (Valparaíso, Universidad de Valparaíso), pp. 129-155.

Ríos Alvarez, Lautaro (2002): "El control difuso de constitucionalidad de la ley en la república de Chile", *Ius et Praxis* vol. 8 N°1 (Talca, Universidad de Talca), pp. 389-418.

Ríos Alvarez, Lautaro (2005): "Trascendencia de la reforma constitucional en la fisonomía y atribuciones del Tribunal Constitucional". *Estudios Constitucionales,* año 3 N° 1 (Talca, Universidad de Talca) pp. 73-95.

Saenger Gianoni, Fernando (2003): "Veinte años de recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 7 (España, Centro de Estudios Públicos y Constitucionales), pp. 401-462.

Sánchez Urrutia, Victoria (1993): "La fuerza de la constitución y la constitución de la fuerza", *Revista española de derecho constitucional*, año 13 N° 37 enero-abril, pp. 313-325.

Silva Bascuñán, Alejandro (1997): T*ratado de derecho constitucional*, tomo I, "Principios, Estado y Gobierno" (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 588 pp.

Silva Cimma, Enrique (1995): *Derecho Administrativo Chileno y comparado*, tomo "El Servicio Público" (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 323 pp.

Silva Irarrázabal, Luis (2007): "Insuficiencia del principio de supremacía constitucional en el control de constitucionalidad de los actos administrativos". *Estudios Constitucionales*, año 5 N° 1 (Talca, Universidad de Talca), pp. 283-304.

Soto Kloss, Eduardo (1996): *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, tomo II "El Principio de Juridicidad" (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 480 pp.

Soto Kloss, Eduardo (2001) "Comentario a sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia que declara prescriptible la acción de nulidad de Derecho Público". Revista *La Semana Jurídica*, N° 7, del 25 diciembre de 2000 a 1° de enero de 2001.

Artículo: La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Fabián Huepe Artigas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Soto Kloss, Eduardo (2010): *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot), 862 pp.

Ugarte Cataldo, José (2007): "La tutela de los derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro". *Revista de Derecho*, Vol. XX N° 2 (Valdivia, Universidad Austral), pp. 49-67.

Verdugo Marinkovic, Mario (2003): "Notas sobre el principio de la supremacía constitucional y los decretos supremos de ejecución", *Estudios Constitucionales*, año 1 N° 1 (Talca, Universidad de Talca). pp. 387-399.

Zúñiga Urbina, Francisco (2009): "Constitución y ley interpretativa. Algunas notas sobre una paradoja y peligros relativos a este tipo de ley", *Ius Et Praxis*, año 15 N° 2 (Talca, Universidad de Talca), pp. 255-281.

Zúñiga Urbina, Francisco (2010): *Acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre temas procesales* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot Legal Publishing), 335 pp.