



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público

**EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
Y LA DECLARACION DE INAPLICABILIDAD.**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

MARÍA JOSÉ ZEGERS QUIROGA

TOMÁS EUGENIO MACKENNEY BERTRÁN

Profesor Guía: ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO

Santiago, Chile. Julio de 2010

A él y a ella.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I.	10
ORIGEN JURÍDICO E HISTÓRICO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
1. Breve referencia al nacimiento teórico e institucional del Tribunal Constitucional	10
a. Principio de supremacía constitucional	11
b. Breve referencia a la sentencia Marbury vs. Madison (1803)	15
c. Breve explicación de la teoría de H. Kelsen sobre el Control Constitucional	20
2. Control de constitucionalidad de las normas en algunos de los ordenamientos jurídicos comparados más relevantes	23
a. Sistema norteamericano	25
b. Sistema alemán	28
c. Sistema español	31
d. Sistema francés	33
3. Formas de ejercicio del control constitucional de las normas legales	37
CAPÍTULO II.	39
EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN CHILE	
1. en Chile. Fuentes directas	39
a. La Constitución Política de 1833	40
b. La Constitución Política de 1925	43
c. La Constitución Política de 1980	55
2. Regulación constitucional y legal actual del Tribunal Constitucional	63
a. Ley N° 20.050 que reforma la Constitución Política	63
b. Ley 20.381 que reforma la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional	65

3. Composición y elección de los miembros del Tribunal Constitucional	68
4. Funciones del Tribunal Constitucional chileno	71
a. Funcionamiento del Tribunal Constitucional	72
b. Efectos de las resoluciones del Tribunal Constitucional	73
c. Nuevas funciones del Tribunal Constitucional	75
d. Normas que escapan al control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional	79
 CAPÍTULO III.	 80
DISCUSIÓN ACERCA DE LEGITIMIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD	
1. Teorías que justifican un control judicial de la constitucionalidad	81
a. El control de las leyes como defensa de la voluntad popular	81
b. El control judicial como consecuencia del principio de supremacía constitucional	83
c. El control judicial de las leyes como protección de los derechos de las minorías	86
d. Teoría del coto vedado de la democracia	88
e. La teoría de “Ulises”	90
f. El Tribunal Constitucional como necesario colaborador del poder legislativo	91
g. La crisis de los órganos políticos	93
h. Defensa de la revisión judicial por parte del juez Stephan Breyer	95
2. Teoría intermedia: Crítica a que todo el control de constitucionalidad recaiga en el Tribunal Constitucional chileno	97
3. Teorías que niegan legitimidad al control judicial de la constitucionalidad	99
a. El carácter contramayoritario del poder judicial	99
b. Críticas a la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional	100
c. La experiencia y tradición histórica y política chilena evidencian la inconveniencia y falta de justificación de una revisión jurisdiccional de constitucionalidad.	103

CAPÍTULO IV.	111
EL RECURSO DE INAPLICABILIDAD Y LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO	
1. Función del Tribunal Constitucional de declarar inaplicable un precepto legal. (art. 93 N°6 de la Constitución)	113
a. Objetivos y orígenes	113
b. Características	115
c. Tramitación	122
2. Función del Tribunal Constitucional de resolver acerca de la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable (art. 93 N°7 de la Constitución)	125
a. Objetivos y orígenes	126
b. Características	128
c. Tramitación	129
3. Sistema jurídico y “derogación” por inconstitucionalidad	130
a. Orden jurídico y sistema jurídico	132
b. Modos en que una norma “existe”	136
c. ¿Derogación o Anulación?	138
 CAPÍTULO V.	 142
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO EN LOS RECURSOS DE INAPLICABILIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD	
1. Teoría de los vicios de inconstitucionalidad	142
2. Algunos fallos en que el Tribunal Constitucional ha declarado la inaplicabilidad de una norma, y posiblemente ésta pueda ser declarada inconstitucional	147
a. Sentencia de 10 de junio de 2008 que declaró inaplicable el artículo 2.331 del Código Civil para la causa rol N°2429-2007, seguida ante el 18° Juzgado Civil de Santiago.	148
3. Fallos en que el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de una norma	152

a. Sentencia de 26 de marzo de 2007 que resuelve que el artículo 116 del Código Tributario es inconstitucional	154
b. Sentencia de 25 de mayo de 2009 que resuelve que el artículo 171 inciso primero del Código Sanitario es inconstitucional	158
c. Sentencia de 29 de julio de 2009 que declara que la expresión “gratuitamente” contenida en el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, es inconstitucional	161
d. Sentencias que han declarado la inaplicabilidad de la tabla de factores contenida en el artículo 38 ter de la Ley 18.933	167
 CONCLUSIÓN	 178
 BIBLIOGRAFÍA	 181

INTRODUCCIÓN

Pensar en el sistema jurídico como un sistema jerarquizado, con pretensiones de consistencia, congruencia e independencia es una idea relativamente novedosa. En efecto, actualmente entendemos el sistema jurídico como un complejo de normas derivadas de diversas fuentes, con distintas nomenclaturas (decreto, reglamento, ley, norma constitucional etc.), y cada una de ellas con fuerza o peso específico mayor o menor dentro de ese sistema.

Dicho entendimiento ha implicado que tanto quienes teorizan como quienes y aplican el derecho, han debido responder a las preguntas acerca del modo en que un sistema jurídico debe ser entendido; de cuál es el concepto de validez de una norma; qué debemos entender por vigencia; qué órganos deben crear tales o cuales normas; cuál es el valor de la Constitución; cómo resguardar su valor; cómo debe entenderse lo que establece una Constitución, etc. En este sentido, el control judicial de constitucionalidad de las normas no es sino una de las expresiones (una de las más importantes) de esta idea de sistema jurídico.

Dada la gran relevancia que tiene hoy en nuestro país (y en el mundo) la revisión de constitucionalidad de la ley, se ha querido analizar brevemente el desarrollo que dicho control de constitucionalidad ha tenido en nuestro país y a nivel comparado, para dejar planteadas las preguntas acerca de su necesidad y legitimidad, y terminar exponiendo cómo este control se ha ejercido últimamente en la práctica.

Para llevar a cabo el presente trabajo, se estudiará, en primer lugar, el origen jurídico e histórico del Tribunal Constitucional. Para lo anterior se hará referencia al nacimiento del movimiento constitucionalista, se explicará el principio de supremacía constitucional el que no puede entenderse a cabalidad sin considerar la famosa sentencia *Marbury vs. Madison* (1803) y se mencionarán los planteamientos de Hans Kelsen sobre el control constitucional. Luego, se realizará una breve exposición de algunos de los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes más relevantes,

como el caso de Estados Unidos, Alemania, España y Francia. Por último se explicarán las distintas formas en que el control de constitucionalidad puede ser ejercido (CAPÍTULO I).

Una vez que determinemos cuáles fueron las razones del nacimiento del control constitucional en el mundo y su establecimiento a nivel comparado, se analizará en segundo lugar el control de constitucionalidad de las leyes en nuestro país. Para esto se hará una somera referencia histórica que incluirá la situación bajo el gobierno de la Constitución de 1833, la compleja discusión que se dio para la Constitución de 1925, la instauración de un Tribunal Constitucional en el año 1970 y qué ocurrió luego del golpe militar. Además, señalamos cuáles fueron las modificaciones que hizo la Constitución de 1980 y el sistema de control mixto que existía, finalizando con la regulación que posee el Tribunal Constitucional en Chile tras la reforma de la Ley 20.050 del año 2005, señalando principalmente sus facultades, competencia, composición y funcionamiento actuales.

Dentro de la bibliografía que utilizamos para realizar el presente trabajo, nos encontramos con que algunos autores niegan la legitimidad democrática de un control judicial de las leyes, ya sea este ejercido por un órgano perteneciente al Poder Judicial –como la Corte Suprema- o bien bajo la figura de un Tribunal Constitucional o su equivalente. Dado que dichas críticas apuntan al fundamento mismo de la necesidad de un control judicial, se destinará un capítulo completo para debatir a su respecto, mencionando algunas de las teorías más importantes que justifican su existencia, aquellas que no niegan su legitimidad pero sí son escépticos a su poder por sobre otros órganos, y a las que derechamente niegan legitimidad a la revisión jurisdiccional de constitucionalidad sosteniendo que el control debería realizarse mediante un órgano político, como el Congreso (CAPÍTULO III).

A continuación se analizarán dos de las facultades más importantes e influyentes del Tribunal Constitucional y que le han sido consagradas tras la reforma del año 2005: la facultad para resolver el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal en relación una gestión concreta, y la facultad para declarar

inconstitucional con efectos absolutos una norma declarada previamente inaplicable. Para ello se indicarán cuáles son las principales características de cada recurso, sus requisitos de procedencia y el procedimiento de tramitación. Finalmente se indicarán las consecuencias que conlleva una declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal por parte del Tribunal Constitucional, sin dejar de criticar el modo en que la Constitución se refiere a dichos efectos (CAPÍTULO IV).

Por último, se expondrá por qué sería importante que nuestro Tribunal Constitucional contara con una teoría de los vicios de inconstitucionalidad, y se terminará analizando parte de la jurisprudencia reciente más relevante que ha declarado inaplicable un determinado precepto legal y todas las sentencias que han declarado la inconstitucionalidad parcial y total de una norma. Esta última parte reforzará la importancia y plena vigencia que tiene actualmente la función del Tribunal Constitucional, tal como lo ha dejado en evidencia estos últimos días el acuerdo para declarar la inconstitucionalidad de los numerales 1, 2, 3 y 4, del inciso tercero, del artículo 38 ter de la Ley 18.933, conocida como Ley de ISAPRES, de lo cual también se hará una breve referencia (CAPÍTULO V).

CAPÍTULO I: ORIGEN JURÍDICO E HISTÓRICO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Breve referencia al nacimiento teórico e institucional del Tribunal Constitucional

El desarrollo y expansión de las Constituciones se remonta a la Edad Media, mediante las denominadas Cartas, que regulaban la existencia de los burgos, fijando los derechos y garantías que le correspondían a determinados estamentos del pueblo.

Sin embargo, el constitucionalismo moderno se origina en la época de las revoluciones liberales del siglo XVIII (Revolución de Córcega, Revolución francesa, emancipaciones americanas, etc.) como respuesta al Antiguo Régimen y a su sistema absolutista o autoritario.

Justamente con posterioridad a tales fenómenos se desarrollaron los principales antecedentes en la organización de la denominada justicia constitucional y en el establecimiento de los tribunales constitucionales, a saber:

- 1) Se consagra en las Constituciones el principio de la separación de los poderes públicos.
- 2) Se establece un sistema judicial organizado jerárquicamente, destinado a dar eficacia al cumplimiento del ordenamiento jurídico.
- 3) En Estados Unidos, por vía jurisdiccional, se elabora dogmática y sistematizadamente el principio de supremacía constitucional y a partir del fallo *Marbury v/s Madison*, la Corte Suprema asume la función de proteger la Constitución enfrentada a normas de inferior rango que la infrinjan.

4) Por su parte, en Europa y el resto del mundo americano se sigue la tendencia francesa de que el principio de separación de poderes impide al juez eludir su obligación de ceñirse a la ley y, por otra parte, la misma normativa, como expresión de la voluntad soberana, tiene un rol supremo y absoluto dentro del sistema de disposiciones.¹

Así las cosas, las primeras constituciones modernas (empezando con la estadounidense de 17 de septiembre de 1787) establecían los límites de los poderes del Estado, y la protección de los derechos y libertades fundamentales con las diez primeras enmiendas de 15 de diciembre de 1791 conocidas como Declaración de Derechos (*Bill of Rights*).

La novedad e importancia del fenómeno constitucionalista, en palabras del profesor Alejandro SILVA BASCUÑAN, consistía en que entre las naciones se extendió la tendencia “de expresar solemnemente la voluntad de organizarse sobre los marcos que se precisan en documento escrito en que se determinan la estructura del Estado, sus órganos, los mecanismos del gobierno y las garantías de las libertades ciudadanas.

En el documento se contemplan con precisión el estatuto de los gobernantes y el ámbito de los derechos de los gobernados, con tal fuerza obligatoria que la actividad del gobernante y la de los individuos y grupos integrantes del Estado tienen que ceñirse a la pauta fijada en él.²

a. Principio de supremacía constitucional

¹ Véase al respecto la ponencia realizada por COLOMBO, Juan, Inauguración Seminario. En: SEMINARIO El rol del Tribunal Constitucional. Santiago, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 8 de mayo de 2008.

² SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, tomo I. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 85.

En este punto, debe recordarse que una Constitución Política presenta una doble dimensión porque, a la vez, es ley suprema y pacto político. Como ley, aspira que sus mandatos sean cumplidos siempre y eficazmente por todos sus destinatarios. Sin embargo, el destinatario de los mandatos constitucionales –sea agente estatal o persona privada, esta última, razonablemente discutida como destinatario- puede ignorar, malinterpretar o desobedecer dichas órdenes.

En su otra faz, esto es, la Constitución como pacto político debe manifestar un consenso nacional que represente un límite del poder político y debe garantizar los derechos de las personas en contra de las acciones del Estado. Así, “(s)ólo en la medida en que la Constitución Política logre ambos propósitos –ser ley eficaz y pacto legítimo-, podrá regular la convivencia social de un modo justo, estable y pacífico.”³

Ahora bien, dada justamente la calidad de ley suprema de la Constitución, se ha consagrado como uno de los principios básicos del Estado de Derecho y del constitucionalismo moderno, el principio de supremacía constitucional. En palabras de BURDEAU, este principio “se basa en que todo el orden jurídico reposa en la Constitución. Siendo el origen de toda actividad jurídica que se desarrolle en el Estado, es necesariamente superior a todas las formas de esta actividad, ya que de ella, y sólo de ella, reciben su validez. Es, en el sentido propio de la palabra, la norma fundamental.”⁴

Continúa el autor explicando que el fundamento de la supremacía material de la Constitución se encuentra en que “(o)rganiza las competencias. En efecto, creadora de las competencias, es necesariamente superior a las autoridades investidas de ellas. Por consiguiente, éstas no podrían ir contra la constitución sin despojarse al mismo tiempo de su título jurídico. A la pregunta de si el príncipe o una asamblea podrían modificar las leyes fundamentales del Estado, ya Vattel respondía: ¿Es de la

³ ZAPATA LARRAÍN, Patricio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Santiago, Biblioteca Americana, Universidad Andrés Bello, 2002, p. 9.

⁴ BURDEAU, Georges. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Madrid. Nacional.1981, p. 103, citado por SAENGER GIANONI, Fernando y BRUNA CONTRERAS, Guillermo. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p.13.

Constitución de donde arranca el poder de estos legisladores? ¿Cómo cambiarla sin destruir el fundamento de su autoridad?”⁵

En la doctrina chilena, don Humberto NOGUEIRA ALCALA ha explicado que “(l)a supremacía constitucional implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico se encuentra la Constitución, establecida como decisión política del Poder Constituyente y sólo modificable por éste. La supremacía es una calidad política de toda Constitución, en cuanto ella es un conjunto de reglas que se tienen por fundamentales y esenciales para preservar la forma política.

La supremacía constitucional obtiene su garantía jurídica de la suprallegalidad; las Constitucionales auténticas, salvo raras excepciones, tienen vocación de transformar la supremacía en suprallegalidad.”⁶

En conclusión, como es del todo lógico, la consecuencia más importante de la supremacía constitucional es que todas las normas jurídicas vigentes, deben conformarse sustancial y formalmente a la Constitución y, por tanto, carecen de todo valor si pugnan con ella.

Sin embargo, parte fundamental de la doctrina de la cuál nace el control constitucional señala que no es suficiente con que la supremacía constitucional sea un principio sin más, sino que, para que tenga vigencia efectiva, es necesario que el ordenamiento jurídico además contenga “los medios de imponer su respeto, es decir, de lograr que el movimiento de toda actividad que se desarrolle en el Estado, ya se realice por los órganos de éste o por los miembros de la sociedad política, se produzca dentro de las bases sentadas en la ley fundamental.”⁷

⁵ BURDEAU, Georges. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, citado por SAENGER GIANONI, Fernando y BRUNA CONTRERAS, Guillermo. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005, . op. cit. p.13.

⁶ NOGUEIRA ALCALA, Humberto, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, abril de 2000, p. 244, citado por SAENGER GIANONI, Fernando y BRUNA CONTRERAS, Guillermo. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005. op. cit. pp.15 y 16.

⁷ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional. op. cit. p. 122.

En efecto, los órganos públicos pueden ejercer las tareas que se les han encomendado tanto dentro como fuera de la Ley Fundamental. Ahora bien, como una de las principales tareas de los órganos del Estado es la de legislar, el problema de la supremacía constitucional radica generalmente en las hipótesis de la conformidad o disconformidad de la ley a la regla fundamental.

Como en un principio predominaba el postulado de la soberanía del Parlamento y de la ley, era difícil que el legislador se sujetara al principio de la supremacía constitucional, por lo que se tornó necesario confiar a otro órgano la tarea de hacer prevalecer la voluntad de la Carta Fundamental por sobre la de la ley.

Actualmente existe consenso relativo en la doctrina constitucional y los actores políticos chilenos sobre la ventaja de confiar a un órgano del Estado diverso del Parlamento la función de velar por el mantenimiento de la supremacía constitucional. Sin embargo, se discute si es preferible un órgano de carácter político o judicial.

Los que están a favor de la primera posición sostienen que justamente una de las tareas fundamentales del manejo del bien común de la colectividad es precisar si cierto acto o norma se ajusta al ideal jurídico descrito en la Carta Fundamental. Sin embargo, parece evidente el riesgo asociado a confiar la definición de una materia tan trascendental como el control constitucional a un órgano de carácter político. En primer lugar, porque las decisiones no alcanzan verdadera eficacia. En segundo lugar, porque las decisiones sobre el marco constitucional imperante no pueden estar sujetas a los vaivenes políticos diarios. Un órgano político que ejerza este poder terminaría transformándose en una de las más altas autoridades del Estado justamente por la máxima relevancia de esa función.⁸

Por otro lado, los que defienden que esta competencia recaiga sobre un órgano de tipo jurisdiccional, señalan que la eventual oposición de determinadas reglas de derecho

⁸ La protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos contra los actos del Estado impediría, también, que fuera un órgano político el encargado de resguardar la Constitución.

con la ley fundamental reviste el carácter de un conflicto de leyes, lo que cae dentro de la apreciación que comúnmente deben formular los tribunales en la solución de los casos sometidos a su conocimiento y fallo. En ese sentido, un órgano judicial tiene mayor competencia y experiencia en cuestiones de constitucionalidad. Asimismo, cabe esperar que los jueces fallen con serenidad, objetividad, imparcialidad e independencia.

Sin embargo, esta solución también tiene sus riesgos. Pese a todas las garantías teóricas, en la práctica el órgano jurisdiccional puede fallar en un sentido político, fácil de adoptar cuando se ejerce una facultad con tan alta trascendencia colectiva, transformando así el régimen político en un gobierno de los jueces que ejercen la mencionada facultad.⁹

b. Breve referencia a la sentencia Marbury vs. Madison(1803)

No es posible tratar los mecanismos de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en el derecho público moderno, sin hacer referencia al origen norteamericano de la institución.

La Ley Fundamental de los Estados Unidos fue adoptada en su forma original el 17 de septiembre de 1787 por la Convención Constitucional de Filadelfia, Pensilvania y luego ratificada por el pueblo en convenciones en cada estado. Sin embargo, si bien consagró el principio de supremacía constitucional, no determinó en forma explícita ni de qué modo se resguardaría dicha primacía ni encargó categóricamente a órgano alguno la misión de imponerla.

En 1800 la república norteamericana realizó su cuarta elección presidencial en la cual, en estrecha definición, el demócrata republicano Thomas Jefferson derrotó al Presidente en ejercicio, John Adams, del partido federalista.

⁹ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional. op. cit. p. 125 y ss.

En las semanas previas al cambio de mando que se realizaría el 4 de Marzo de 1801, el partido derrotado se dedicó a situar a sus colaboradores en la Administración y el Poder Judicial. Así por ejemplo, el Presidente saliente logró que su Secretario de Estado, John Marshall fuera confirmado como Presidente de la Corte Suprema. Al mismo tiempo, el Congreso saliente, de mayoría federalista, aprobó leyes que crearon nuevas destinaciones judiciales, que el Presidente Adams llenó con designaciones de sus correligionarios. Sin embargo, algunos de los nombramientos judiciales de última hora no alcanzaron a formalizarse completamente, y una vez asumido, el Presidente Jefferson negó todo valor a los nombramientos a los que faltare algún trámite.

Dentro de estos se encontraba William Marbury, quién había sido nombrado juez de paz por el Presidente Adams el 2 de Marzo de 1801, obteniendo al día siguiente su confirmación en el Senado. Sin embargo, la persona encargada de entregarle formalmente el documento en que constaba su nombramiento, James Marshall —en ese entonces Secretario de Estado y Presidente de la Corte Suprema- no tuvo tiempo para completar su tarea antes de la transmisión del mando.

Perjudicado por la decisión del nuevo gobierno en orden a desconocer su designación, William Marbury presentó un Recurso de *Mandamus* [*writ of mandamus*] ante la Corte Suprema para que ésta ordenara al nuevo Ministro de Justicia James Madison que remitiera su nombramiento.

Así las cosas, le tocó a John Marshall —correligionario federalista, signatario del nombramiento de Marbury y hermano del encargado de enviar la designación- la tarea de resolver la demanda contra el nuevo gobierno. En este contexto John Marshall procedió a redactar la famosa sentencia “Marbury vs. Madison”, la cual tiene una extraña estructura.

En efecto, si bien su primera parte se dedica a demostrar que William Marbury tiene derecho a recibir su designación y que la negativa gubernamental a entregarla es contraria a Derecho, en la segunda mitad se deniega la solicitud, sosteniendo la acción se ha deducido en virtud de una ley contraria a la Constitución Política. Más

concretamente, el vicio de inconstitucionalidad fue justificado en virtud de la sección 13 del Acta Judicial de 1789, donde se le otorga a la Corte Suprema competencia de única instancia para el conocimiento del Recurso de *Mandamus*, ya que según la Constitución la Corte sólo podía ser tribunal de apelación.¹⁰

En este contexto la mencionada sentencia se basó principalmente en dos disposiciones de la Constitución de 1787: en el artículo III, sección 2º, según el cual “el Poder Judicial se extenderá a todos los casos ya de justicia, ya de equidad contemplados o que puedan producirse bajo el imperio de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad”; y en el artículo VI, inciso 2ª que señala: “La presente Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en su consecuencia se dicten y los tratados hechos o que se hagan bajo la autoridad de los Estados Unidos, constituirán la ley suprema del país y serán obligatorios para todos los jueces en cada Estado, y ello no obstante la disposiciones contrarias insertas en la Constitución o en las leyes de cualquiera de los Estados.”

En palabras de Charles HUGHES, “[l]a esencia del fallo ‘Marbury con Madison’, que no invocó ni adujo precedentes, sino razonamientos, se halla, por una parte, en afirmar con gran vigor la necesidad de hacer efectiva la supremacía constitucional, y en sostener, por otra, que la ley fundamental otorgaba al Poder Judicial la función específica de asegurarla.”¹¹

Así, respecto del principio de supremacía constitucional, el fallo va razonando de la siguiente manera:

“Los poderes legislativos son definidos y limitados; y para que esos límites no puedan confundirse u olvidarse, la Constitución es una constitución escrita. ¿Con qué finalidad se limitarían los poderes y con qué propósitos se habrían puesto esas limitaciones por escrito si esos límites pudieran, en cualquiera ocasión, ser sobrepasados por las

¹⁰ ZAPATA LARRAÍN, Patricio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. op. cit. pp.13 y 14.

¹¹ HUGHES, Charles Evans, La Suprema Corte de Estados Unidos, México, Fondo de Cultura Económica, 1946, p.93 y 94., citado por SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional. op. cit. 131p.

personas mismas a quienes la Constitución intenta constreñir?...Es demasiado claro para que se pueda discutir que: o la Constitución está por encima de cualquier norma legislativa que no está de acuerdo con ella, o el legislativo puede modificar la Constitución por una ley ordinaria. Entre esas dos alternativas no hay término medio. O la Constitución es una norma superior y suprema y no puede ser alterada por los medios ordinarios, o está al mismo nivel que las disposiciones legislativas ordinarias, y, como ellas, puede ser modificada cuando el legislador le plazca alterarla. Si lo primero es verdadero, un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley. Si lo segundo, entonces las constituciones escritas son absurdas tentativas de parte del pueblo para limitar ese poder que es ilimitado por naturaleza.”¹²

Sin embargo, “(c)iertamente, todos quienes han elaborado constituciones escritas, las consideran la Ley Suprema y Fundamental de la Nación y, consiguientemente, la teoría de todo Estado como aquél debe ser que un acto del Congreso contrario a la Constitución es nulo.”¹³

Ahora bien, una vez afirmada la supremacía constitucional por sobre todo el resto de las normas del ordenamiento jurídico, la famosa sentencia debió hacerse cargo de la forma en que dicha supremacía debía resguardarse. Para el juez Marshall el “cerbero constitucional” debía ser el Poder Judicial y para fundamentar la obligación jurisdiccional de asegurar la supremacía constitucional, el juez aseveró:

“Si un acto del Congreso contrario a la Constitución es nulo ¿Obliga, sin embargo, y pese a su invalidez, a las Cortes, forzándoles a reconocerle efecto? O, en otras palabras, aún cuando no es ley ¿Constituye una regla tan efectiva como si lo fuera? De aceptarse esto, se estaría desechando en la práctica lo que se estableció en la teoría, y parecería, a primera vista, un absurdo demasiado evidente como para insistir en él.
(...)

El deber y la competencia del órgano judicial consisten enfáticamente en decir lo que la ley es. (...) Si dos leyes están en conflicto entre sí, las Cortes deben decidir la eficacia relativa de cada una.

Por tanto, si una ley se opone a la Constitución, y ambas, ley y constitución, son aplicables a un caso particular; entonces, la Corte debe o bien decidir dicho caso en conformidad a la ley, descartando la

¹² HUGHES, Charles Evans, La Suprema Corte de Estados Unidos, Fondo de Cultura Económica, México, 1946, p.93 y 94; citado por SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional. op.cit. pp.131 y 132.

¹³ Traducción de la mencionada sentencia obtenida en ZAPATA LARRAÍN, Patricio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. op.cit. p.15.

Constitución; o bien de acuerdo con la Constitución, desechando la ley. La Corte debe determinar cual de las reglas del conflicto resuelve el caso. Esta determinación es de la esencia misma de la tarea judicial. Si, por tanto, las Cortes han de considerar la Constitución, y la Constitución es superior a todo acto ordinario del legislador; la Constitución, y no tal acto ordinario, debe resolver el caso al que ambos se aplican.”¹⁴

En otras palabras, la argumentación de la sentencia fue que si a los tribunales les corresponde resolver antinomias de reglas del mismo nivel jerárquico –cuestión común e intuitivamente aceptada-, con mayor razón al resolver un caso de antinomia en el que una de las reglas sea constitucional y la otra legal, el tribunal debe decidir en favor de la primera, pues los tribunales están obligados a fallar dando preeminencia a la Constitución. Dado lo anterior, la sentencia comentada concluyó que todos los tribunales de justicia debían declarar la inaplicabilidad de un precepto legal contrario a la Constitución con el objeto de hacerla prevalecer por sobre la ley.

De esta manera la propia Corte Suprema norteamericana se atribuyó jurisdicción para verificar la conformidad entre las leyes y la Constitución Política y, en caso de contradicción entre una y otra, para dejar sin efecto la ley (*Judicial Review* o revisión judicial de las leyes).

La importancia de la sentencia *Marbury vs. Madison* radica, por un lado, en su extrema audacia, debido a que la Constitución norteamericana no tenía texto positivo alguno que sugiriera explícitamente siquiera la posibilidad de revisión judicial. Por otro lado, mediante ella se instauró en los Estados Unidos un modelo de control difuso de constitucionalidad, ya que se permitió a todos los integrantes del Poder Judicial declarar la inaplicabilidad de una norma legal. Esto es particularmente importante dentro de un sistema de jurisprudencia que da valor obligatorio a los precedentes sentados por un tribunal de igual o superior jerarquía, y asegurar así la uniformidad y certeza en el modo de interpretar la Constitución.

¹⁴ Traducción de la mencionada sentencia obtenida en ZAPATA LARRAÍN, Patricio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. op.cit. p.16

c. Breve explicación de la teoría de Hans Kelsen sobre el Control Constitucional

Por su parte, en el sistema de jurisprudencia latino, específicamente en Austria, Hans KELSEN con su obra “Teoría Pura del Derecho”, impulsó la creación de una magistratura especial y autónoma, independiente de la ordinaria, que sería la encargada de asumir el control preventivo de la conformidad de las reglas jurídicas con la Constitución, idea que fue recogida por su Ley Fundamental de 1920.

Como para Kelsen ‘lo específico de este objeto espiritual que llamamos Estado consiste en ser un sistema de normas’¹⁵, una jerarquía de los distintos grados del proceso formador del derecho, “esta estructura jerárquica desemboca –según él- en una norma fundamental en la que se basa la unidad del orden jurídico en su automovimiento. Esa norma constituye la constitución en sentido lógico-jurídico, cuando instituye un órgano creador del Derecho. Y la constitución en sentido jurídico-positivo surge como grado inmediatamente inferior en el momento que dicho legislador establece normas que regulan la legislación misma. Sin embargo, la Constitución, esto es, el hecho de constituir un orden jurídico estatal, fundamentando su unidad, consiste en la norma fundamental hipotética no positiva, que es lo que hemos llamado constitución en sentido lógico-jurídico, pues sobre dicha norma se basa el primer acto legislativo no determinado por ninguna norma superior de Derecho positivo.”¹⁶

Más específicamente, respecto del principio de supremacía constitucional, Hans Kelsen ha señalado que:

“El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra normas debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón

¹⁵ KELSEN, Hans, Teoría General del Estado, (Traducción de Luis Legaz Lacambra), México, Editorial Nacional, 1959. p. 18; citado por SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional. op.cit. p. 86.

¹⁶ KELSEN, Hans, Teoría General del Estado, (Traducción de Luis Legaz Lacambra), México, Editorial Nacional, 1959. p. 325-6; citado por SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional. op.cit.p. 86.

del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación –y por consecuencia la validez- de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen a alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte en la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo, una mayoría calificada o un quórum más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.”¹⁷

En este sentido, de acuerdo a la teoría de Kelsen la consistencia y regularidad del ordenamiento jurídico necesita una concepción manifestada en la Constitución. La caracterización y naturaleza de la Constitución es clave para los efectos de constituir un sistema normativo, Así, “[ú]nicamente la teoría de la estructura jerárquica (Stufenbau) del ordenamiento jurídico, ya apuntada, está en condiciones de proporcionarla. Inclusive, no es exagerado afirmar que solo ella permite conocer el sentido inmanente de esta noción fundamental de “Constitución” en el cual pensaba ya

¹⁷ KELSEN, Hans, Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, pp.147 y 148, citado por SAENGER GIANONI, Fernando y BRUNA CONTRERAS, Guillermo. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005. op. cit. pp.17 y 18.

la Teoría del Estado de la antigüedad, porque esta noción implica la idea de una jerarquía de las formas jurídicas.”¹⁸

Para Hans Kelsen, “no puede haber ninguna contradicción entre dos normas que pertenecen a distintos niveles del ordenamiento legal. La unidad de este no puede nunca ser puesta en peligro por una contradicción entre un precepto superior y otro inferior en la jerarquía del derecho”¹⁹ debido a que la Constitución es la norma suprema de todo el ordenamiento estatal:

“...la idea de un principio supremo que determina por entero el ordenamiento estatal y la esencia de la comunidad constituida por este ordenamiento. Como quiera que se defina, la Constitución es siempre el fundamento del Estado, la base del ordenamiento jurídico que se pretende conocer. Lo que se entiende ante todo y siempre por Constitución —y la noción coincide en este sentido con la forma de Estado— es que ella constituye un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas en un momento determinado, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales: tribunales, autoridades administrativas. Esta regla de creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, de determinación de los órganos y del procedimiento de la legislación forma la Constitución en sentido propio, originario y estricto del término. La Constitución es pues la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la colectividad estatal, así como de aquellas que determinan los órganos necesarios para aplicarlas e imponerlas, y la forma como estos órganos habrán de proceder. **Es decir, la Constitución es, en suma, el asiento fundamental del ordenamiento estatal.**²⁰” (énfasis agregado)

Para Kelsen la noción de Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico debe ser garantizada. Así, asumida la premisa de la supremacía constitucional, surge, como es natural, la pregunta de cómo garantizar dicha supremacía²¹.

¹⁸ KELSEN, Hans, La garantía jurisdiccional de la Constitución, (Traducción de Rolando Tomayo y Salmorán), Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, (Número 10): p 11, jul.-dic. 2008.

¹⁹ KELSEN, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado. México, Textos Universitarios, 1969, p. 182.

²⁰ KELSEN, Hans, La garantía jurisdiccional de la Constitución. op. cit. p. 11.

²¹ La afirmación de la premisa de la supremacía constitucional no obliga a responder la forma en que dicha supremacía debe ser asegurada.

En primer lugar, Kelsen descarta que sea el propio Parlamento el encargado de velar por la regularidad de las normas y su sujeción a la Constitución. La razón, en este caso, y para extrañeza de los kelsenianos, es de orden práctico. En efecto, señala Kelsen que “[s]ería ingenuidad política contar con que el Parlamento anularía una ley votada por él en razón de que otra instancia la hubiera declarado inconstitucional”, concluyendo que no puede ser el “Parlamento mismo con quien se puede contar para realizar su subordinación a la Constitución²²”

De modo que no puede ser el Parlamento el encargado de de garantizar la supremacía constitucional, dado que sería improcedente pensar que el Parlamento anularía una ley creada por él mismo. Entonces, Kelsen da una idea innovadora y radical, quien debe garantizar la consistencia, regularidad de las normas de un sistema jurídico, es decir, quien debe asegurar la supremacía constitucional es “un órgano diferente a él, independiente de él, y por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales —esto es, a una jurisdicción o Tribunal Constitucional—.”²³(énfasis agregado)

De este modo, inspirada en las ideas de Hans Kelsen, la Constitución de Austria de 1920 estableció un Tribunal Constitucional para resolver acerca de la inconstitucionalidad de las leyes.

2. Control de constitucionalidad de las normas en algunos de los ordenamientos jurídicos comparados más relevantes

En este contexto, desde el año 1803 en los Estados Unidos –y posteriormente en Europa desde mediados del siglo XX- la tarea de asegurar que las normas de inferior jerarquía efectivamente respeten los mandatos de la Constitución Política, ha sido

²² KELSEN, Hans, La garantía jurisdiccional de la Constitución. op. cit. p. 23.

²³ KELSEN, Hans, La garantía jurisdiccional de la Constitución. op. cit. p. 23.

encomendada a uno o más tribunales, a veces especializados -como es el caso de los Tribunales Constitucionales- y a veces no -como es el caso de la Corte Suprema-. En la mayoría de los países, el control jurisdiccional de la constitucionalidad está consagrado de modo explícito en la Constitución, pero en otros -como en Estados Unidos- se presenta simplemente como resultado de las prácticas políticas y de la interpretación de las bases del sistema jurídico.

Posteriormente, la Segunda Guerra Mundial y la crisis del sistema democrático causaron que las tendencias políticas dominantes fueran, por una parte, el nacionalsocialismo alemán y por otra, la versión soviética del marxismo, en ninguna de las cuales se abogaba por el constitucionalismo y la protección de los derechos humanos. Así las cosas, en este período la forma natural de solución de conflictos era autotutela.

Una vez terminada la guerra, en la mayor parte de los países de Europa, comenzó el proceso de reconocer y aceptar ampliamente a los derechos humanos, incorporándolos como parte esencial de sus Constituciones. De este modo, la Carta Fundamental ya no era sólo una norma que controlaba y estructuraba el poder y sus manifestaciones, sino que además era la que reconocía los derechos mínimos que tiene toda persona. Por otro lado, las nuevas Constituciones incluían también la creación de un Tribunal Constitucional, como fue el caso de Italia (1947), Alemania (1949), Austria, Bélgica, Francia (1946 y luego 1958 mediante la creación del Consejo Constitucional), y posteriormente, de España (1978) y Portugal.

En consecuencia, las Constituciones de posguerra-a diferencia de las anteriores- siguen el modelo de Kelsen creando un sistema jurisdiccional de protección de sus normas, principios y valores, y entregan su custodia a Tribunales Constitucionales, cuyas competencias y forma de integración emanan directamente del constituyente originario. Lo anterior es del todo lógico puesto que, tras una época de regímenes autoritarios, lo que se buscaba era establecer tribunales que, por una parte, protegieran jurisdiccionalmente los nuevos regímenes democráticos y velaran porque

los órganos públicos ejercieran sus atribuciones dentro de su ámbito de competencia y que, por otra parte, dieran eficacia y aplicación a los derechos fundamentales.

La mayoría de los países latinoamericanos siguieron el modelo europeo durante el siglo XX, creando Tribunales Constitucionales en sus respectivas Cartas Fundamentales.

a. Sistema norteamericano

La Constitución Política de los Estados Unidos de América, a diferencia de la gran mayoría de las Cartas Fundamentales del siglo XX, no facultaba explícitamente a los tribunales para que dejaran sin aplicación los actos legislativos o administrativos que vulneren sus principios o normas.

En consecuencia, como se ha señalado, el sistema de control jurisdiccional de la Constitución resultó de la interpretación de los tribunales a partir de la sentencia *Marbury vs. Madison*. Dicho pronunciamiento fue muy audaz para su época, lo que produjo que fuera objeto de fuertes críticas y que su contenido se usara con mucha prudencia al punto que, hasta antes de la Guerra Civil, sólo se había dictado un fallo contrario a la validez de la ley (*Dred Scott vs. Sandford*).

Sin embargo, después de la Guerra Civil existieron cincuenta y tres decisiones de la Corte Suprema en que ésta se pronunció por la invalidez de leyes aprobadas por el Congreso. Lo anterior se debió a que, después de la guerra, se produjo un gran desarrollo económico de la nación norteamericana y una rápida expansión nacional del capitalismo industrial, contexto en el cual la función de control constitucional de la Corte Suprema se convirtió en un sólido soporte del mantenimiento de los principios de liberalismo económico.

Así por ejemplo, después de dictarse la ley Sherman en contra de los *trusts* en 1890, las grandes organizaciones sindicales obreras afirmaron su poder, pero la Corte

Suprema intentó impedir el desarrollo de éstas por estimar que importaban ellas mismas formas de *trusts* e infringían dicha ley. Posteriormente, cuando mediante la enmienda Clay en 1914 se declaró expresamente que las disposiciones de la ley Sherman no se extendían a las organizaciones sindicales, la Corte Suprema buscó otro camino para declarar la inconstitucionalidad de la nueva ley: como la ley le impedía intervenir a menos que fuera necesario para prevenir un daño irreparable a la propiedad, dio a este concepto el sentido más amplio que llegaba a identificarse con todo tipo de interés del empleador.

De esta forma, la Corte Suprema de los Estados Unidos se fue transformando en el único órgano autorizado para interpretar la Constitución.

Después de que en el año 1929 estallara la gran crisis del sistema económico norteamericano, el Presidente Roosevelt mantuvo una política económica y social opuesta a la de la tradición liberal. Pese a ello, la Corte Suprema mantuvo su criterio inspirado en el liberalismo capitalista, declarando las nuevas medidas legales como contrarias a la Constitución. Sin embargo, posteriormente fueron renunciando alguno de los antiguos jueces y en su reemplazo se designaron otros que sí simpatizaban con las nuevas ideas del Presidente, lo que produjo que hacia 1937 se formara en la Corte Suprema una mayoría que no disentía con programa legislativo.

Ahora bien, respecto a las características propiamente tales del control jurisdiccional ejercido, cabe hacer presente que en los Estados Unidos no constituye una atribución exclusiva de la Corte Suprema, si bien ella la ejerce en su grado superior y con la mayor resonancia. Por otro lado, los tribunales no formulan un pronunciamiento *erga omnes* sobre la inconstitucionalidad de una norma, sino que se limitan a declarar inaplicable al caso el precepto legislativo que juzgan en pugna con la Constitución.

Sin embargo, a este respecto cabe recordar que en el sistema angloparlante, la doctrina contenida en un fallo no tiene tan sólo el valor de autoridad proveniente de la influencia del tribunal que la dictó o del prestigio de los jueces que la suscribieron, sino

que además constituye un precedente que hace, en principio, obligatorias las razones por las cuales se tomaron una u otra decisión (el llamado *stare decisis*).

Por esa razón, si bien la declaración de inconstitucionalidad incide únicamente en el caso concreto en el que se dicta, sus efectos tienen repercusión en todo el ordenamiento jurídico. Sin embargo, lo anterior no obsta a que, en la práctica, una misma cuestión ha sido fallada en un sentido diverso en épocas diferentes y con diversa integración del tribunal. Esta posibilidad es admitida en principio por la Corte Suprema desde 1851 para el caso de ser errónea la interpretación precedente. Así, la Corte ha reconocido al precedente constitucional un valor menor que aquél que tiene el precedente del *common law*. Esto se demuestra, por ejemplo, en que sólo durante el período 1937 a 1979, la Corte Suprema desestimó no menos de 90 precedentes jurisprudenciales. Lo anterior llevó a que durante la década de los 80's, algunos autores proclamaran la "agonía" e incluso la "muerte" del *stare decisis*. Sin embargo, en la década de los 90's recobró valor la teoría del precedente y se produjo un renovado debate sobre el tema en la propia Corte Suprema.

Como explica Patricio ZAPATA, "[l]as causas de esta evolución reciente son fundamentalmente políticas. En efecto, en la misma medida en que sucesivas designaciones presidenciales iban consolidando una mayoría conservadora en la Corte Suprema, con el consiguiente 'peligro' para la subsistencia de la Jurisprudencia 'progresista' del período 1954-1981, la vertiente liberal, en el máximo Tribunal y en el mundo académico, iba erigiendo el respeto a las doctrinas establecidas en un argumento central de su discurso constitucional."²⁴

Por otro lado, cabe hacer presente que los tribunales normalmente actúan cuando en un juicio particular se alega la inconstitucionalidad por quien sufrirá la aplicación de la ley que cree opuesta a la Carta Fundamental. Sin embargo, no siempre se dictan los pronunciamientos fallando una excepción opuesta. En efecto, desde finales del siglo XIX se admite que también el interesado pueda adelantarse a pedirle al tribunal la declaración de inconstitucionalidad y a expedir una orden o mandato (*injunction*)

²⁴ ZAPATA LARRAÍN, Patricio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. op.cit. p. 155.

dirigido al funcionario llamado a dar cumplimiento a la ley, para que se abstenga de hacerlo o realice un acto consecuente con el pronunciamiento.

Finalmente, cabe señalar que la jurisprudencia norteamericana ha conocido y declarado tanto la inconstitucionalidad de forma como de fondo. En el primer sentido, los tribunales han buscado fundamentalmente mantener el equilibrio de competencias entre el orden federal y el de los Estados, con el fin principal de velar por el fortalecimiento de aquél. Sin embargo, lo más interesante ha sido la apreciación de la inconstitucionalidad de fondo referida tanto al texto explícito de la Constitución como a los principios generales de derecho.²⁵

b. Sistema alemán

En Alemania el control constitucional de las leyes corresponde al Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*). A pesar de ser uno de los tribunales constitucionales más importantes del mundo (sino el más importante), su nacimiento del modo en que hoy lo conocemos es bastante reciente.

En efecto, una vez que la Constitución alemana entró en vigor el 24 de mayo de 1949, no fue sino hasta el 16 de abril de 1951 en que la Ley del Tribunal Constitucional fue promulgada. La forma en que fue diseñado el Tribunal Constitucional permite constatar, al menos, que “[e]l Tribunal Constitucional alemán es, sin lugar a dudas, un organismo constitucional cuya importancia no es inferior a la de los restantes organismos supremos de la República. Según la ley fundamental participa –al igual que éstos y con igual autoridad- del poder estatal. Por tal motivo, el N° 1, inciso 1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal describe la situación jurídica del organismo en los siguientes términos: ‘El Tribunal Constitucional Federal es una corte federal

²⁵ Para más información a todo este respecto, véase SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional. op.cit. pp.138 y 139.

independiente y autónoma en relación a todos los restantes organismos constitucionales'. ”²⁶

Se ha discutido si es que el Tribunal Constitucional alemán pertenece o no al Poder Judicial. El profesor Antonio Carlos Pereira Menaut sostiene que, sin lugar a dudas, el Tribunal Constitucional pertenece el Poder Judicial, dado que el artículo 92 de la Constitución alemana establece: “Se encomienda a los jueces el Poder Judicial, que será ejercido por el Tribunal Constitucional Federal, por los Tribunales Federales que se prevén en la presente Ley Fundamental y los tribunales de los Estados”. Esto lo diferencia de otros tribunales constitucionales del mundo, por ejemplo, el de Chile, España, Francia e Italia, en que los respectivos no forman parte del Poder Judicial.

El Tribunal Constitucional alemán se conforma por dos salas, de ocho miembros cada una. Conforme a lo establecido en el artículo 94 de la Ley Fundamental alemana “[l]os miembros de la Corte Constitucional Federal serán elegidos por mitades por el Bundestag (órgano federal supremo legislativo) y por el Bundesrat (órgano de representación de los dieciséis Estados federados de Alemania). No podrán pertenecer ni al Bundestag ni al Bundesrat ni al Gobierno Federal ni a los órganos correspondientes de un Land.”

El Tribunal Constitucional Alemán posee diversas y amplias competencias que pueden agruparse en cuatro categorías²⁷: “control de constitucionalidad de las leyes, protección de los derechos fundamentales, resolución de conflictos entre los Bund y los Lander, y entre órganos del Estado y otras competencias.”²⁸

²⁶ REINHARD, Günther, El Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, Revista Chilena de Derecho, 12: p.78, 1985.

²⁷ Conforme a lo propuesto por PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, Sistema político y constitucional de Alemania, Santiago de Compostela, Tórculo. p. 107, citado por MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, El Sistema Europeo-Continental de Justicia Constitucional. Estudios Constitucionales Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, p. 158.

²⁸ MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, El Sistema Europeo-Continental de Justicia Constitucional. op.cit. p. 158.

Lo que aquí interesa es la facultad que tiene el Tribunal Constitucional alemán de controlar la constitucionalidad de las leyes. Como señalamos anteriormente, el Tribunal Constitucional alemán es uno de los más importantes del mundo y los argumentos de sus resoluciones son considerados en el resto de los tribunales constitucionales como razones para decisiones internas.

Pues bien, el artículo 93 de la Constitución alemana establece que “El Tribunal Constitucional Federal decide: 2. en caso de controversias o dudas relativas a la compatibilidad formal y material de la normativa federal o de los Länder con la presente Ley Fundamental... a petición del Gobierno Federal, del Gobierno de un Land o de un tercio de los miembros del Bundestag y 2a. en caso de controversias sobre si una ley se adecúa a los requisitos del artículo 72, apartado 2, a petición del Bundesrat, del Gobierno de un Land o de la Asamblea legislativa de un Land”.

A su vez, el artículo 100 de la Ley Fundamental señala que “(1) Si un tribunal considera que es inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, se suspenderá el proceso y se recabará, cuando se trate de la violación de la Constitución de un Land, la decisión del tribunal del Land competente en asuntos constitucionales, y la de la Corte Constitucional Federal cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental. Ello rige también cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental por la legislación de un Land o de la incompatibilidad de una ley de un Land con una ley federal. (2) Si en el curso de un litigio hubiera dudas acerca de si una regla de Derecho internacional es parte integrante del Derecho federal y fuente directa de derechos y deberes para el individuo (artículo 25), el tribunal recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal. (3) Si en la interpretación de la Ley Fundamental, la Corte Constitucional de un Land quiere apartarse de una decisión de la Corte Constitucional Federal o de la Corte Constitucional de otro Land, recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal.”

Como vemos, el Tribunal Constitucional alemán tiene competencia para determinar la constitucionalidad de forma y fondo de la normativa federal o de cada estado (Land) a la Constitución y si una ley se adecua a lo establecido en el artículo 72.2 de la

Constitución (“...la Federación tiene el derecho de legislar siempre que y en cuanto exista la necesidad de una regulación legislativa federal porque así lo requieran la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o el mantenimiento de la unidad jurídica o económica en interés de la totalidad del Estado”)

Pero no solo ello, además, el Tribunal Constitucional alemán tiene la facultad de declarar inconstitucional una norma respecto de la cual su validez depende la resolución de un conflicto (el que se suspenderá mientras no se resuelva la inconstitucionalidad). Podrá también el Tribunal Constitucional referirse a la constitucionalidad de una norma de derecho internacional.

c. Sistema español

La historia de los Tribunales Constitucionales en los países europeos continentales ha sido multívoca.

En el caso de España, la Constitución Republicana del año 1931 estableció un órgano específico para conocer el recurso de inconstitucionalidad denominado Tribunal de Garantías Constitucionales²⁹. Se admitía que acudiera al Tribunal a solicitar un pronunciamiento toda persona individual o colectiva aunque no hubiera sido directamente agraviada. Posteriormente, el 24 de junio de 1933, se dictó una ley orgánica que establecía la extensión y efectos de los recursos, y que se basaba en el principio de que el Tribunal sólo se pronunciaría al fallar una excepción y que, cuando se declaraba una inconstitucionalidad de fondo la sentencia únicamente tenía efecto entre las partes, pero que sería *erga omnes* si se trataba de inconstitucionalidad en la forma.

²⁹ Este tribunal estaba formado un presidente designado por el Parlamento, el Presidente de del Alto Cuerpo Consultivo, el Presidente del Tribunal de Cuentas, dos diputados elegidos por las Cortes, un representante de cada una de las regiones, dos miembros elegidos por los Colegios de Abogados y cuatro profesores de la Facultad de Derecho.

Luego, la Constitución de 1978 pasó a regular el llamado Tribunal Constitucional de España, que se componía de 12 miembros que duraban nueve años y eran nombrados por el Rey.³⁰ Se estableció que el Tribunal podía conocer del recurso de inconstitucionalidad tanto respecto de las leyes como de otras disposiciones normativas con fuerza de ley.³¹ Asimismo, el recurso podía ser interpuesto por el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 diputados, 50 senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas o las Asambleas de las mismas.

Por otro lado, se establecía que cuando, conociendo de un determinado proceso, un órgano judicial considerara que una norma con rango de ley aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pudiera ser contraria a la Constitución, debía plantear la cuestión al Tribunal Constitucional. La sentencia dictada al respecto por el Tribunal Constitucional, tenía el valor de cosa juzgada y no cabía recurso alguno contra ellas.

Cabe hacer presente que cuando se trata de una declaración de inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley, que no se limite a la estimación subjetiva de un derecho, producía en cambio efecto *erga omnes*.

Respecto de los posibles vicios de inconstitucionalidad, los autores españoles han señalado que son tres: de procedimiento, de competencia y de contenido material. Sin perjuicio de ello, la doctrina española tiende a reconocer al Tribunal Constitucional la posibilidad de anular un proyecto invocando un 'vicio omisivo de constitucionalidad'.

A este respecto, el autor Angel GARRORENA ha explicado que la inconstitucionalidad por vicio de omisión se apoya en lo que la doctrina alemana llama *Unterlassungen des*

³⁰ De estos 12, cuatro eran nombrados a propuesta del Congreso, cuatro a propuesta del Senado, dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

³¹ Sin embargo, ésta no era su única facultad porque el Tribunal también era competente para conocer del recurso de amparo por violación de ciertos derechos y libertades que interpusiera toda persona que invocara interés legítimo, el Defensor del Pueblo o el Ministerio Fiscal; de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los que éstas entre sí, y de las demás materias que le atribuyera la Constitución o las leyes orgánicas.

Gesetzgebers. En palabras del citado autor: “La extremada delicadeza política de tal supuesto no necesita ser destacada: Implica nada menos que el eventual paso del ‘control negativo’ al ‘control positivo’ de constitucionalidad; en otras palabras, viene a suponer no tanto la negación o anulación de lo que siendo inconstitucional, fue puesto por el legislador, cuando la adición (en una arriesgada, sorprendente y discutiblemente subrogatoria intervención normativo-positiva) de aquello que, siendo constitucionalmente debido, el legislador dejó de poner.”³²

Por otro lado, la facultad del Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad por vicio de procedimiento, esto es, por defectos producidos a lo largo de su procedimiento de elaboración parlamentaria (inconstitucionalidad de la ley *in procedendo*), ha sido controvertida por la doctrina española. Según GARRORENA la razón fundamental de tal dificultad “es que con ello se pone sobre el tapete el delicadísimo problema -¡problema que empieza a ser ya de “frontera entre poderes”!- de la admisibilidad o no del control sobre los interna corporis, es decir, sobre los actos internos de las Cámaras que integran el poder legislativo; posibilidad esta que la doctrina tradicional (Hatscheck, Craushaar...) siempre había rechazado y a la que lógicamente los Parlamentos se han opuesto también con explicable y no disimulada beligerancia.”³³

d. Sistema francés

Desde la Revolución Francesa del año 1789, la ley ha ocupado un lugar especial en el derecho y la política de ese país, ya que es identificada con la voluntad general del pueblo soberano y por tanto, como el gran instrumento que tutela la libertad y garantiza de la igualdad. Por lo anterior, nunca hubo mayor apoyo para la creación de un tribunal especializado de jurisdicción constitucional concentrada.

³² GARRORENA, Angel, La sentencia constitucional. Revista de Derecho Político, 11: p 17, 1981, citado por ZAPATA LARRAÍN, Patricio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. op.cit p. 114.

³³ GARRORENA, Angel, La sentencia constitucional. Revista de Derecho Político, 12: p 17, 1981, citado por ZAPATA LARRAÍN, Patricio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. op.cit. pp. 114 y 115.

Sin embargo, desde principios del siglo XX, una corriente de académicos e intelectuales, entre ellos Duguit y Hariou, promovían la importación a Francia del *Judicial Review* al estilo norteamericano. En este contexto, la Constitución de 1958 creó el Consejo Constitucional cuya finalidad fundamental era velar porque el Parlamento no traspasara la esfera de competencia que le fijaba la Carta Fundamental. La creación de este Consejo fue recibida con escepticismo por gran parte de los profesores de Derecho Público, ya que estaba integrado básicamente por políticos oficialistas y, además carecía de jurisdicción para revisar las leyes contrarias a los derechos humanos.

Si bien ello fue así durante los primeros trece años de la existencia del Consejo, lo interesante del caso francés es que, sin que mediara una Reforma Constitucional profunda o total, el mencionado órgano fue evolucionando hasta convertirse en un eficaz y decidido guardián de la supremacía constitucional y de los derechos y libertades fundamentales.

Lo anterior fue posible en cuanto, conociendo del famoso caso “Libertad de Asociación” el año 1971, el Consejo Constitucional pudo conectar la revisión de las leyes con la tutela de los derechos humanos a partir del hasta entonces casi ignorado Preámbulo de la Constitución de 1958. En efecto, hasta dicha época, el mencionado Preámbulo para gran parte de la doctrina, consistía en una mera declaración política carente de todo valor constitucional.

Sólo algunos pocos autores como Maurice Duverger habían afirmado que el Preámbulo de 1946 sí tenía pleno valor normativo, y como la Constitución de 1958 aludía a dicho Preámbulo, debía entenderse como una remisión que lo hacía directamente aplicable.

Cabe adelantar que mientras la Declaración de los Derechos Humanos del año 1789 reconocía las más importantes de las llamadas garantías liberales o de primera generación, por su parte el Preámbulo de 1946 tenía un fuerte componente

socialdemócrata, incorporando varios de los derechos sociales o de segunda generación.

Para entender lo anterior es necesario referirse al contexto en que se generó la sentencia “Libertad de Asociación”. En mayo de 1970 el gobierno francés disolvió la pequeña colectividad política denominada “Izquierda Proletaria”, en virtud de una ley de 1936 que prohibía las milicias privadas. Por lo anterior, algunos simpatizantes de la entidad disuelta formaron una nueva asociación denominada “Grupo de amigos de la Causa del Pueblo.”

Sin embargo, al intentar obtener la personalidad jurídica, la autoridad administrativa encargada del registro de asociaciones, se negó a realizar el trámite argumentando que este grupo era el mismo que lo anterior. En consecuencia, los afectados recurrieron a un tribunal administrativo el cual, basado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, negó validez a la conducta del gobierno y permitió la legalización del grupo.

Dado lo anterior, en junio de 1971 el gobierno presentó un proyecto de ley que modificaba la ley de 1901 sobre asociaciones, de manera de autorizar a la Prefectura para negar el requisito legal “a toda asociación que parezca tener un objeto inmoral o ilegal, o que sea un intento por revivir una asociación ilegal.” Pese a las críticas y al intenso debate, el proyecto finalmente fue aprobado en la Asamblea Nacional. Sin embargo, el Presidente de la Cámara Alta decidió someter el asunto a la decisión del Consejo Constitucional.³⁴

“Libertad de Asociación” recurrió al Preámbulo de la Constitución de 1958, que se remite al Preámbulo de 1946. En efecto, el texto de 1958 señalaba que: “El Pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos del hombre y a los principios de soberanía nacional tal como se les define en la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946.”

³⁴ Hasta el momento, los otros seis requerimientos habidos habían correspondido todos a intentos del Primer Ministro por defender la potestad reglamentaria frente al Parlamento.

Por su parte, la introducción del Preámbulo de 1946 establecía: “En el amanecer de la victoria conquistada por los Pueblos libres sobre los regímenes que se intentaron esclavizar y degradar la persona humana, el Pueblo francés proclama nuevamente que todo ser humano, sin distinción de raza, religión o creencia, posee derechos inalienables y sagrados. También reafirma solemnemente los derechos y libertades del hombre y el ciudadano consagrados por la Declaración de Derechos de 1789 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República.”³⁵

Así las cosas, el Consejo Constitucional afirmó que la libertad de asociación es uno de “los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República” y como tal, no puede ser vulnerado por el gobierno o el Parlamento. En consecuencia y dado que el proyecto infringía dicha libertad, el Consejo declaró su inconstitucionalidad.

Establece el fallo en lo relevante:

“Considerando, la Constitución y, en particular, su Preámbulo.
Considerando, que entre los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y reafirmados solemnemente por el Preámbulo de la Constitución también se encuentra el principio de la libertad de asociación; que dicho principio está en la base de las disposiciones generales de la ley del 1 de Julio de 1901 sobre el contrato de asociación; de acuerdo a tal principio, las asociaciones pueden crearse libremente y adquieren personería por el sólo hecho de registrar una declaración preliminar ante la autoridad competente; que, por tanto, a excepción de las normas aplicables a categorías especiales de asociaciones, las [sic] creación de las asociaciones, incluso de aquellas afectadas por un vicio de nulidad o que parecen perseguir fines ilícitos, no puede ser interferida por el control previo ni de la autoridad judicial ni de la Administración.
El objeto de la disposición del artículo 3 sometido a examen de este Consejo Constitucional antes de su promulgación, es el establecimiento de un procedimiento de acuerdo al cual, la adquisición de la personalidad jurídica de las asociaciones queda subordinada a la intervención previa de la autoridad judicial, la cual verificará su conformidad con la ley.”³⁶

³⁵ Traducción citada en ZAPATA LARRAÍN, Patricio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. op.cit. p.18.

³⁶ Para el texto completo y comentado del fallo véase a FAVOREU, Louis y LOÏC, Philip, Les grandes Décisions du Conseil Constitutionnel, Sirey, Collection Droit Public, 6^a Édition, 1991, pp.237-253; mencionado por ZAPATA LARRAÍN, Patricio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. op.cit. p. 16 y ss.

Así, con “Libertad de Asociación” se inició una nueva etapa para la jurisprudencia constitucional francesa, pues de ahí en adelante, vía Preámbulo, el Consejo controlaría leyes que afectan los derechos a la vida, a la intimidad, la propiedad y la libertad de prensa.

3. Formas de ejercicio del control constitucional de las normas legales

Antes de señalar las formas en que el control constitucional puede darse, es preciso recordar que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, el control de constitucionalidad de las leyes se encuentra consagrado de modo explícito en la Constitución. Sin embargo, también existen países -como en los Estados Unidos- en que dicho control se presenta simplemente como resultado de las prácticas políticas y de la interpretación de las bases del sistema jurídico. Además, cabe agregar que el control de constitucionalidad puede aplicarse exclusivamente a las leyes o bien a otros tipos de norma de inferior jerarquía u otros actos jurídicos de los órganos del Estado. Generalmente, los estatutos básicos se preocupan especialmente de la constitucionalidad de las leyes y no de los demás actos de la autoridad pública, debido a la mayor jerarquía de aquéllas en el ordenamiento jurídico y a que, por lo mismo, suele ser a través de la legislación donde se cometen los más graves atropellos a la Carta Fundamental.

El control de constitucionalidad de las leyes puede ser: difuso o concentrado, abstracto o concreto, preventivo o represor.

1. Difuso o concentrado: La distinción entre un sistema difuso o concentrado de control de constitucionalidad de las leyes está dada por la concentración o desconcentración orgánica en que dicha facultad se encuentre radicada. En otras palabras, en un sistema difuso, la facultad (el deber) de controlar la constitucionalidad de las leyes se encuentra radicada en todos los jueces del

sistema judicial, como es el modelo constitucional de los Estados Unidos. En cambio, en un sistema concentrado de control de constitucionalidad, sólo un órgano está facultado para ejercer dicha facultad (deber), generalmente un Tribunal Constitucional o Corte Suprema (modelo constitucional kelseniano)

2. Abstracto o concreto: Esta categoría se define, en principio, conforme al motivo por el cual el órgano controlador debe determinar la constitucionalidad de una norma legal. Cuando la constitucionalidad de una norma se controvierte en un litigio pendiente de resolución, se dice que el control de constitucionalidad es concreto. En cambio, cuando el control de la adecuación de la norma con la Constitución se realiza sin que ella deba resolver ningún litigio, se dice que el control de constitucionalidad es abstracto. La clasificación también puede ser contenida en relación con la argumentación que debe hacer el órgano controlador. Si ella contiene premisas o razones prácticas (como las que implica un litigio pendiente de resolución) el control constitucional será concreto, si no, será abstracto.

3. Preventivo o represor: Esta clasificación se justifica por el momento en que el control de constitucionalidad de una ley es ejercido. Si el control de constitucionalidad de una ley es ejercido antes de su promulgación, esto es, cuando se ejerce el control de constitucionalidad de la ley sobre el proyecto de ley, el control será preventivo, como es el caso del ejercido por el Consejo Constitucional de Francia. Cuando el control de constitucionalidad de la ley es ejercido cuando la ley ha sido promulgada, el control será represivo, como es el caso de España y Alemania.

Ahora, si el control es represivo, surge una nueva clasificación, motivada por los efectos que la inconstitucionalidad provoque:

- a. Efecto *inter pares*: La resolución del órgano controlador sobre la inconstitucionalidad de la norma sólo tiene efecto para las partes que lo solicitaron, como fue el caso del control ejercido por la Corte Suprema en Chile entre los años 1925 al 2005.
- b. Efecto *erga omnes*: La resolución del órgano controlador sobre la inconstitucionalidad de la norma sometida a su análisis tendrá efecto para todos los ciudadanos, lo que es el efecto típico de los Tribunales

Constitucionales como el alemán o el español. De esta clasificación surge otra nueva:

- i. Con efecto *ex tunc*: La resolución de inconstitucionalidad tendrá efecto retroactivo.
 - ii. Con efecto *ex nunc*: La resolución de inconstitucionalidad de una norma sólo tendrá efectos para el futuro.
4. Material o formal: Esta distinción viene dada por la naturaleza de la afectación constitucional de la norma. Sí la norma se declara inconstitucional por no haber satisfecho los criterios procedimentales de validez para su creación o porque fue creada por un órgano no competente para ello, la inconstitucionalidad será formal. Si, en cambio, el contenido prescriptivo de una norma se considera contradictorio con la Constitución la inconstitucionalidad será material.

CAPÍTULO II: EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN CHILE

1. Nacimiento del Tribunal Constitucional en Chile. Fuentes directas

En el derecho chileno, el primer texto autoritativo susceptible de ser calificado como Constitución –en el sentido de las normas más importantes del ordenamiento jurídico–, fue el Reglamento Constitucional Provisorio de 1812, que constaba de 27 artículos, los cuales pretendían definir el ejercicio de la voluntad general y garantizar los derechos de las personas.

Posteriormente, finalizada la guerra de la independencia, las Constituciones dictadas por Bernardo O'Higgins en 1818 y 1822 retomaron el propósito normativo de las anteriores, aunque con escaso efecto temporal. Tras la abdicación de O'Higgins surgen la Constitución de 1822, las leyes federales de 1826 y la Constitución de 1828. Esta última puede ser considerada como el primer antecedente directo de la tradición constitucional chilena posterior, que se basa en la estabilidad de dos textos constitucionales: la Constitución de 1833 y la Constitución de 1925.

Así, es en este primer texto donde se puede encontrar la idea de la supremacía constitucional y los primeros antecedentes para velar por su cumplimiento.

Sin embargo, cabe hacer presente que el profesor Enrique NAVARRO ha descubierto que, en Chile, los primeros antecedentes respecto a la necesidad institucional de contar con un órgano independiente como el Tribunal Constitucional actual, se encuentran en el discurso pronunciado por el Presidente Balmaceda el 20 de abril de 1891 –casi tres décadas antes de la obra de Hans Kelsen-, el cual ha sido llamado su testamento político:

“Las diversas cuestiones de jurisdicción o competencia entre el Presidente de la República y sus agentes y el Poder Judicial, o entre el Poder Legislativo y los poderes Ejecutivo y Judicial, acerca de la constitucionalidad de las leyes han creado conflictos muy serios (...).

Sería conveniente crear un tribunal especial compuesto de 3 personas nombradas por el Presidente de la República, de 3 nombrados por el Congreso y de otras 3 nombradas por la Corte Suprema, para dirimir sin ulterior recurso los conflictos entre poderes en la forma y en los casos que la Constitución establezca.

No es natural ni justo que en los conflictos de poderes sea alguno de éstos el que se pronuncie y resuelva, porque se establece una supremacía de autoridad con menoscabo de las otras, ni habría jamás conveniencia en que uno sólo de los poderes públicos sea únicamente juez, siendo al mismo tiempo parte.”³⁷

a. La Constitución Política de 1833

En general, los textos del siglo XIX consagraban un control de tipo político para velar por la supremacía de la Constitución. Esto significaba que solamente el órgano legislativo que había elaborado el texto de la Carta Fundamental, podía interpretar y fijar su verdadero sentido y alcance.

³⁷ Discurso del Presidente José Manuel Balmaceda, citado por NAVARRO, Enrique. La justicia constitucional chilena después de la Reforma del 2005 (notas sobre la inaplicabilidad de las leyes y el recurso de protección) [en línea], Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp.329-30. <<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2557/20.pdf>> [consulta: 23 de julio de 2010]

Consecuentemente con lo anterior, el artículo 164 de la Constitución chilena de 1833 establecía: “Sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los arts. 40 (31) y siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno de sus artículos.”

En virtud del citado artículo, tanto los tribunales como la doctrina estaban mayoritariamente contestes en que la Corte Suprema carecía de atribuciones para ejercer un control de la supremacía constitucional de las leyes, no pudiendo por tanto declarar su inconstitucionalidad o desatender su aplicación.³⁸

Al respecto señalaba el profesor Jorge HUNEEUS:

“Los tribunales llamados a juzgar las causas civiles y criminales han de hacerlo con arreglo a las leyes, puesto que su deber y su misión es aplicarlas en las controversias de que conocen. De aquí se infiere que, llamados a fallar un negocio, no pueden dejar la ley sin aplicación, aun cuando, a juicio de ellos, fuera inconstitucional; así como el Presidente de la República tampoco podría dejar sin ejecución una ley porque él la conceptuase contraria a la Carta Fundamental. La Constitución califica este acto como un delito en su art. 92 (83), respecto de los Ministros, y en ninguna parte confiere semejante atribución a los tribunales, pues ello los haría jueces del Congreso mismo y les suministraría un medio fácil de hacer nugatorias e ineficaces las leyes, so pretexto de reputarlas como inconstitucionales. El Poder Judicial no es juez de la ley; ha sido creado para aplicarla, sea ella buena o mala.”³⁹

En el mismo sentido señalaba el profesor Luis Claro SOLAR: “Reconoce así el Código que sobre la ley está la Constitución, que el Poder Legislativo no puede extralimitar las facultades que el Poder Constituyente le ha otorgado. Establece que sólo puede reconocerse como ley el precepto de la voluntad soberana de la Nación manifestada en la forma que la Constitución prescribe.”⁴⁰

³⁸ Así señalaba, por ejemplo, don Manuel Ballesteros. Véase BALLESTEROS, Manuel. *Lei de Organización i Atribuciones de los Tribunales de Chile*, tomo I, Santiago de Chile, Imprenta Nacional, Moneda, 112, 1890. p. 524, citado por SAENGER GIANONI, Fernando y BRUNA CONTRERAS, Guillermo. *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005*. op. cit. p.20.

³⁹ HUNEUSS, Jorge. *La Constitución ante el Congreso*, tomo II, Imprenta Cervantes, 1891, pp. 238 a 239, citado por SAENGER GIANONI, Fernando y BRUNA CONTRERAS, Guillermo. *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005*. op. cit. p.19.

⁴⁰ CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil y Comparado*. Santiago de Chile, Editorial Establecimiento Poligráfico Roma, tomo I, citado por SAENGER GIANONI, Fernando y

Así las cosas, el argumento principal para que no se ejerciera un control judicial de las leyes, fue que los tribunales no poseían atribuciones expresas que autorizaran un actuar semejante -mientras la propia Constitución de 1833 sí concedía esta facultad al Congreso-. Ello a pesar de que desde hace años la doctrina constitucional divulgaba la idea de que la sola existencia de la Constitución como Ley Suprema exigía su respeto por los órganos por ella creados y que de ella recibían sus facultades pues, de lo contrario, su existencia era absurda (el caso paradigmático es el de Estados Unidos).

Concordante con esto último, el 2 de enero de año 1867, en circular dirigida a las Cortes de Apelaciones, la Corte Suprema expresaba:

“Las autoridades encargadas de aplicar las leyes en un caso determinado deben, no obstante, dar preferencia en el asunto especial en que se ocupan a la Constitución si estuviera en clara y abierta pugna con ella, de la misma manera que a estas autoridades compete, no siendo claro su sentido, determinar su verdadero espíritu, fijar su legítima inteligencia, esto es, interpretarla para los efectos del juicio especial que van a pronunciar.”⁴¹

De este modo, se reconocía del principio de que los tribunales, frente a una contradicción entre la disposición constitucional y la legal, debían aplicar la norma de mayor jerarquía, pese a lo cual seguía sin consagrarse este principio en la Constitución.

Pese a ello, durante toda la vigencia de la Constitución de 1833 (1833 a 1925), la Corte Suprema no tuvo la fortaleza para determinar claramente que una norma legal – o un decreto o reglamento- iba en contra de la Constitución. En consecuencia, durante todos estos años no existió un verdadero control de la constitucionalidad de las leyes

BRUNA CONTRERAS, Guillermo. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005. op. cit. p. 21.

⁴¹ SILVA BASCUÑAN, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo VIII. 2002, citado por SAENGER GIANONI, Fernando y BRUNA CONTRERAS, Guillermo. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005. op. cit. p.23.

b. La Constitución Política de 1925

Posteriormente, en 1925, durante la presidencia de don Arturo Alessandri Palma, se designó a una Comisión Consultiva encargada de informar al gobierno sobre los procedimientos que debía ceñirse para la reforma de la Constitución de 1833. Además se formó una Subcomisión de Reformas Constitucionales.

En ese contexto, en las sesiones número 7, 19, 28 y 29 se discutió el establecimiento de un recurso especial que tuviera por objeto el examen de la constitucionalidad de las leyes que se dictaren después de la promulgación de la nueva Constitución. Así por ejemplo, en la sesión número 7 de fecha 12 de mayo de 1925, don Luis Borgoña planteó la conveniencia de establecer algún poder o autoridad “que determinara si las leyes que en lo sucesivo se dicten, van o no contra los principios constitucionales”, citando el caso de Estados Unidos. Asimismo, agregó que tal competencia podría tenerla la Corte Suprema o bien una Corte especial. Por su parte, el Presidente Alessandri dio a conocer su preocupación de que, al establecer el derecho a declarar en general la inconstitucionalidad de una ley o de un acto, en la práctica dicho tribunal podría convertirse en Poder Legislativo.

Por su parte, en la sesión número 19 de 8 de junio del mismo año, continuó la discusión en el siguiente sentido:

“S.E. recuerda que, de conformidad a acuerdos tomados en sesiones anteriores, corresponde agregar aquí la siguiente disposición:

‘La Corte Suprema velará especialmente por el respeto de esta Constitución y en el caso especial de que conozca, podrá declarar sin efecto cualquier precepto legal contrario a ella.’

El señor Vicuña Fuentes (don Carlos) estima necesario que la Corte Suprema pueda declarar la inconstitucionalidad de una ley, no sólo en casos particulares, sino también en general.

S.E. cree que con tal disposición se daría a ese tribunal un poder superior al del Presidente de la República y al del Congreso, pues como existe la tendencia humana a acentuar las propias facultades, dicho tribunal enmendaría a menudo la obra legislativa, declarando sin fuerza, por inconstitucionales las leyes que se dictasen, es decir, asumiendo en el hecho todo el poder, cuando su papel debe ser pasivo y no activo.

El señor Maza (don José), Ministro de Justicia, dice que, a su juicio, la Corte Suprema no debe poder declarar la inconstitucionalidad de una ley sino en los casos particulares en que se pretenda aplicarla.

El señor Edwards Matte (don Guillermo) observa que hay juicios que no van a la Corte Suprema en ningún grado, como algunas casaciones de que sólo puede conocer la Corte de Apelaciones, de modo que habría que decir que puede recurrirse a la Corte Suprema en los casos de que se trata.

S.E. propone al respecto el siguiente inciso:

‘Cualquier ciudadano que considere lesionados sus derechos por un fallo de los tribunales basado en una ley inconstitucional, podrá recurrir a la Corte Suprema’.

El señor Silva Cortés (don Romualdo) estima que esta redacción resuelve en la mejor forma la dificultad.

El señor Vicuña Fuentes (don Carlos) cree que convendría establecer la idea de poder recurrir a la Corte Suprema antes de entablar el juicio, pues sería inútil perder tiempo en trámites judiciales preliminares; y estos recursos podrían servir para paralizar los juicios.

S.E. propone que se agregue que este recurso no suspenderá la tramitación del juicio.

El señor Maza (don José), Ministro de Justicia, insinúa un inciso que dijera:

‘Este recurso se podrá iniciar en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación.’⁴²

Posteriormente, en la sesión número 28 de 8 de julio de 1925, el Presidente de la República manifestó su preocupación de que de acuerdo con el inciso 2° de este artículo 87, la Corte Suprema quedaría investida de una autoridad superior a la de todos los poderes públicos del país. Finalmente, propuso que el inciso 2° se redactara de la siguiente manera: “Los Tribunales de Justicia, en los negocios de que conozcan con arreglo a la ley, aplicarán preferentemente los preceptos de esta Constitución cuando entre ellos y las leyes hubiere oposición.”

Frente a esto, el señor Romualdo Silva Cortés estimó que entonces podría entenderse que en los casos de inconstitucionalidad de una ley podría recurrirse a la Corte Suprema.

⁴² Ministerio del Interior, Actas Oficiales de las sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del proyecto de la Nueva Constitución Política de la República. Sesión 19. Chile. Imprenta Universitaria. 1925a. p.254.

Por su parte el Sr. Eleodoro Yañez manifestó que en los países donde puede hacerse la declaración de inconstitucionalidad se reserva esta facultad a la Corte Suprema y no a todos los tribunales.

El Presidente Alessandri señaló que entonces podría establecerse: “En todo caso en que se alegare la oposición entre un precepto constitucional y la ley, tendrán las partes derecho de ocurrir, en cualquier estado del juicio, a la Corte Suprema, sin alterar la substanciación de él.” Asimismo, estimó que sería inconveniente dar a la Corte Suprema una facultad amplia de declarar la inconstitucionalidad de la ley fuera de casos concretos y determinados, porque así se crearían continuamente conflictos entre el Poder Legislativo y el Judicial. Se terminó por encargar al Sr. Maza la tarea de redactar el artículo para la sesión siguiente.⁴³

Finalmente en la sesión **número 29** de fecha 10 de julio del citado año, el Ministro de Justicia de aquel entonces, don José Maza Fernández, dio a conocer el texto del inciso 2° del artículo 87 -que posteriormente formó parte de la Constitución de 1925- en los siguientes términos:

“La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación.”⁴⁴

Así, durante la vigencia de la Constitución de 1925, la Corte Suprema pasó a tener atribuciones para conocer acerca de la inconstitucionalidad de una norma en dos tipos de situaciones: **(i)** cuando sometido a su conocimiento algún asunto, estimaba que un determinado precepto era inconstitucional, y **(ii)** cuando específicamente se entablaba el recurso, a fin de que se declarara inaplicable un precepto que se trataba de aplicar en un juicio pendiente seguido ante otro tribunal. Así las cosas, no quedaba claro que

⁴³ Véase Ministerio del Interior, Actas Oficiales de las sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del proyecto de la Nueva Constitución Política de la República. op cit p. 366.

⁴⁴ El texto final es prácticamente igual al propuesto por el Sr. Maza, habiéndose limitado a cambiar las palabras “la inaplicabilidad” originalmente propuesta, por el “inaplicable” de la versión definitiva.

la Corte Suprema pudiera actuar a petición de parte cuando el asunto ya estaba sometido a su conocimiento.

Como se aprecia, con esta reforma, el recurso de inaplicabilidad pasa a tener las siguientes características:

En primer lugar, se imitaba el modelo norteamericano de control de la constitucionalidad de la ley, pero reservaba la declaración de su inaplicabilidad únicamente a la Corte Suprema como cabeza del Poder Judicial, con el objeto de evitar interpretaciones constitucionales diversas y contradictorias dado que, a diferencia del ordenamiento jurídico norteamericano, en el nuestro la jurisprudencia carecía de fuerza obligatoria.

En segundo lugar, sólo podía declararse la inaplicabilidad respecto de un caso particular, y no para normas sin aplicación al caso⁴⁵.

En tercer lugar, sólo procedía la inconstitucionalidad de fondo, pero no de forma⁴⁶.

En cuarto lugar, el recurso sólo procedía respecto a leyes, y no para reglamentos o decretos.

Uno de los más graves e importantes conflictos que mediante este recurso debió resolver la Corte Suprema, fue la constitucionalidad de varios decretos leyes dictados

⁴⁵ Así por ejemplo, con fecha 12 de marzo de 1948, el máximo tribunal sentenció: “La Corte Suprema tiene facultad de declarar la inaplicabilidad de una ley en un caso particular de que esté conociendo; de manera que si se le plantea la inconstitucionalidad de preceptos que no tienen aplicación en el caso, el Tribunal carece de atribuciones para hacer la declaración que se solicita.” Revista Gaceta. Santiago, tomo XLV, 1° semestre 37: p. 229. 1981; citado por SAENGER GIANONI, Fernando y BRUNA CONTRERAS, Guillermo. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005. op. cit. p.63.

⁴⁶ Así por ejemplo, en fallo de fecha 11 de abril de 1933 la Corte Suprema dictaminó: “El recurso que establece el art. 86 de la Constitución es de carácter meramente doctrinario, que tiene por objeto la declaración de inaplicabilidad o inconstitucionalidad de una ley por ser contraria en el fondo a un precepto de la Constitución.” Revista Gaceta. Santiago, 1° semestre 50: 11 de abril de 1933; citado por SAENGER GIANONI, Fernando y BRUNA CONTRERAS, Guillermo. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005. op. cit. p.63.

a contar de septiembre de 1924. El asunto se volvió aún más delicado cuando en marzo de 1925 el Presidente Alessandri volvió a gobernar el país sin que existiera un Parlamento. Por tanto, la Comisión de Reforma de la Constitución fue designada por decretos supremos, sin la intervención de la voluntad popular.⁴⁷

El conflicto se producía entre los mencionados decretos supremos y el artículo 4 de la Constitución Política de 1925 que consagraba la sanción de la nulidad de derecho público de la siguiente manera: “Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo.”

En concordancia con lo anterior, el artículo 23 de la misma Constitución, establecía: “Toda resolución que acordare el Presidente de la República, la Cámara de Diputados, el Senado o los Tribunales de Justicia, a presencia o requisición de un ejército, de un jefe al frente de fuerza armada o de alguna reunión del pueblo que, ya sea con armas o sin ellas, desobedeciere a las autoridades, es nula de derecho y no puede producir efecto alguno.”

Pese al claro tenor de dichos preceptos, prevaleció la fuerza de los hechos y continuaron plenamente aplicables los decretos supremos. En efecto, ya el 19 de agosto de 1925 –antes de que estuviera aprobada la Constitución- la Corte Suprema reconoció expresamente que: “Dada la situación excepcional y transitoria por que atravesó el país después de los pronunciamientos militares de 5 de septiembre de 1924 y 23 de enero de 1925, corresponde aceptar sin restricciones la fuerza y eficacia de los decretos leyes.”⁴⁸

⁴⁷ Esta situación se ha repetido en otros momentos de la historia constitucional de nuestro país. En efecto, durante 1932, durante otro gobierno de hecho se dictaron 669 decretos leyes. Posteriormente, entre el 11 de septiembre de 1973 y marzo de 1990 también fueron promulgados 3.665 decretos leyes o “leyes” sin la intervención de un Parlamento. De hecho y como se verá más adelante, la propia Constitución de 1980 es producto de decretos leyes.

⁴⁸ Revista de Derecho y Jurisprudencia. Santiago, tomo XXIII, 2ª parte, sec.1º, pp. 488 y 489, 1926 citado por SAENGER GIANONI, Fernando y BRUNA CONTRERAS, Guillermo. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005. op. cit. p.35.

Posteriormente pero en el mismo sentido, el mencionado tribunal falló el 16 de noviembre de 1933: “En los países en que han imperado gobiernos de hecho y han tenido nacimiento las normas de carácter legal obligatorias, conocidas con el nombre de decretos leyes, las autoridades constitucionales que los suceden, tomando en cuenta altas consideraciones de conveniencia pública, las han reconocido como leyes y en nuestro país el Poder Legislativo les ha dado su sanción dictando leyes para derogar decretos leyes, para reformarlos, o al negar su consentimiento con el fin de dejarlos sin efecto. Para declarar la inaplicabilidad de un decreto ley, debe procederse como si se tratase de preceptos legales generales generados constitucionalmente.”⁴⁹

Así, en 1933 se acusó constitucionalmente a la Corte Suprema por notable abandono de deberes, precisamente por su “incapacidad para declarar inaplicables los decretos leyes.”

Al respecto, establecía la acusación:

“La República padece de una frondosa, abusiva y estrafalaria colección de decretos leyes, decretos con fuerza de ley y simples decretos dictados en virtud de las Leyes N°4.113, 4.156 y 4.945, entre otras, muchos de los cuales, o casi todos, infringen la Constitución o son contrarios a sus prescripciones.

Y es curioso anotar que, a pesar de todo y no obstante los numerosos recursos que se le han sometido al respecto, cerca de ocho años después del otorgamiento de esta facultad, la Corte Suprema ha sido incapaz de pronunciar la inaplicabilidad de uno solo siquiera de esos preceptos pseudo legales, y últimamente haya llegado hasta sugerir al Gobierno la conveniencia de codificarlos, lo que implica un principio de reconocimiento y un anuncio de permanencia, en abierta pugna con sus deberes funcionarios.”⁵⁰

Frente a dicha acusación, la Corte Suprema respondió que la Corte de aquella época ya había dictaminado:

“la eficacia legal de los llamados decretos leyes, una vez más confirmada por el Tribunal Supremo, al acoger el 19 de agosto de 1925,

⁴⁹ Revista de Derecho y Jurisprudencia. Santiago, tomo XXXI, 2ª parte, sec.1º: p. 123, 1934, citado por SAENGER GIANONI, Fernando y BRUNA CONTRERAS, Guillermo. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005. op. cit. pp.35 y 36

⁵⁰ Cámara de Diputados. Boletín Cámara de Diputados. 13º Sesión Ordinaria. Lunes 19 de junio de 1933. pp.601 y 602.

un recurso de queja interpuesto por el Director del Tesoro contra una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, que desconoció la fuerza legal que correspondía al decreto número 24, de 4 de octubre de 1921, sobre prohibición de trabajo nocturno en las panaderías, declarando que la indicada sala ha debido aplicar el referido decreto ley con la fuerza obligatoria que corresponde a las leyes de la República. Posteriormente, un nuevo pronunciamiento de tan alto tribunal declaraba la validez de los decretos leyes dictados después de haberse promulgado la Constitución del año 1925.

Si la magistratura a quien la Carta Fundamental entrega la superintendencia directiva, correccional y económica sobre todos los tribunales de la nación ejercitando sus elevadas y privativas funciones con la independencia que las leyes le garantizan, señalaba las normas a que debían sujetarse las judicaturas inferiores, e impartía al efecto, instrucciones precisas para su debido cumplimiento, no parece justo ni razonable derivar de ello un cargo para los actuales Ministros de la Corte Suprema que pertenecían entonces a las Cortes de Apelaciones y que en el desempeño de sus cargos prestaron a tales resoluciones, acuerdos y circulares, el acatamiento a que la ley es obligada. (...)

Es fuerza darse a la razón: si toda la estructura jurídica, económica, financiera, política y administrativa del Estado, si toda la legislación social que ha satisfecho las ansias de justicia de las clases populares reposa hoy día sobre la base de los decretos leyes, ratificados, en gran parte, de una manera directa o indirecta por el Poder Legislativo, es vano intento pretender de los actuales Ministros de la Corte Suprema que quieran afrontar la responsabilidad de sumir al país en el caos que significaría el desconocimiento de esa legislación, sobre la cual descansan instituciones como el Banco Central, los bancos comerciales e hipotecarios, las cajas de previsión, etc.”⁵¹

La discusión que se produjo en la Cámara de Diputados a consecuencia de la mencionada acusación constitucional es de gran importancia histórica. Al respecto, resulta relevante consignar la opinión del profesor de Derecho Constitucional, Sr. Estévez:

“Dentro de nuestra Constitución, no hay más que la ley, que es el resultado del concurso de la voluntad soberana del Congreso y del Presidente de la República; y el decreto, que el Presidente de la República expide para dar cumplimiento a la ley.

En mi humilde criterio, todos estos decretos leyes son absoluta y completamente inconstitucionales; pero, desgraciadamente, señor Presidente, estos decretos leyes subsisten, estos decretos leyes viven; ni el Presidente de la República, ni el Congreso del año 27, ni el

⁵¹Cámara de Diputados. Boletín Cámara de Diputados. 19° Sesión Ordinaria. Mares 27 de junio de 1933. pp. 941 y 942.

Congreso actual, han podido hacer nada respecto de los decretos leyes; perduran, se está aplicando constantemente, nosotros estamos pagando todas nuestras contribuciones en virtud de decretos leyes. (...) Procedamos entonces con valentía y, o derogamos todos estos decretos leyes, o sancionémoslos por verdaderas leyes, aquellas que sean necesarias, convenientes para el país.

Quiero, todavía, señor Presidente, llamar la atención a otras circunstancias, la Constitución Política de la República le da a la Corte Suprema la facultad para declarar inaplicable una ley contraria a la Constitución.

Démosle, en este caso, a los decretos leyes el carácter de leyes, pero no hay que olvidar que para que la Corte Suprema pueda ejercitar esta facultad, es necesario que se le solicite, es necesario que haya un proceso en el cual esto se haya pedido o que haya una instancia especial para que se le requiera a la Corte Suprema, para que declare que tal disposición legal es inaplicable por ser contraria a la Constitución. Y esta declaración sólo puede afectar al caso particular a que el juicio se refiere.”⁵²

Finalmente, la acusación constitucional contra la Corte Suprema fue definitivamente rechazada en sesión de 28 de junio de 1933, quedando así consagrado el pleno valor jurídico de los decretos leyes. Esto motivó fuertes reacciones en la doctrina nacional, entre ellos de don Luis CLARO SOLAR que en su artículo denominado “Los Decretos Leyes y el Recurso de Inaplicabilidad que establece el Art. 86 de la Constitución”, concluye:

“No pueden, por lo tanto, tener el carácter y fuerza obligatoria de leyes las órdenes o disposiciones impuestas por personas que sin otro título que el de la fuerza y la audacia se arrogaron facultades que nadie les había concedido, que no han debido ni podido tener sino la vida efímera de la misma usurpación de poderes, y que en el hecho han debido desaparecer junto con la situación de violencia que les dio origen. (...)

[L]as leyes dictadas por los poderes públicos legítimos estarían sujetas al examen y apreciación de la Corte Suprema para declarar su inaplicabilidad a la solución judicial de una causa en que se dedujera este recurso, por ser contrarias a la Constitución; pero no lo estarían los decretos leyes de los gobiernos de hecho que derribaron los Poderes Legislativos y Ejecutivo y asumieron la plenitud del poder público. El contrasentido no puede ser más manifiesto. (...)

Los tribunales deben ante todo y por sobre todo aplicar en las causas sometidas a su conocimiento la Constitución Política de la República y las leyes de la materia y en esta aplicación deben dar la preferencia a

⁵² Citado por SAENGER GIANONI, Fernando y BRUNA CONTRERAS, Guillermo. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005. op. cit. pp.38 a 40.

los preceptos constitucionales sobre los legales que los violen o desconozcan. Este era el criterio con que la misma Corte Suprema juzgaba este punto cuando la Constitución no contenía la disposición que le da la facultad de declarar la inaplicabilidad de las leyes por inconstitucionales.”⁵³

Así las cosas, en la Constitución de 1925 el principio de supremacía de la Constitución fue más bien teórico, pues en la práctica era más importante la legislación común. Pese a la existencia del recurso de inaplicabilidad, la Corte Suprema no ejercía un verdadero control sobre la constitucionalidad de las normas. Así por ejemplo, enfrentada a casos complejos simplemente argüía que no eran de su competencia, como lo deja en evidencia el fallo de 27 de septiembre de 1933 que señalaba:

“La Corte Suprema, a virtud del recurso de inconstitucionalidad, sólo puede declarar inaplicable determinado proyecto legal, pero no puede imponer al Tribunal que debe resolver el asunto la ley que debe aplicar. No está dentro de las facultades de la Corte Suprema, en los recursos de inaplicabilidad de preceptos legales contrarios a la Constitución, decidir, ni aun en casos determinados, si el Poder Legislativo ha podido delegar sus funciones como lo hizo por medio de la Ley N°4.945, que fue cumplida por quien no es tribunal de justicia, dictando decretos con fuerza de ley.

Tampoco puede la Corte Suprema resolver si el Presidente de la República extralimitó las facultades que le había delegado del Poder Legislativo, ya que la Constitución Política, en el precepto citado, no le confiere ese derecho y solamente puede ver si un determinado precepto legal, cuya inaplicabilidad se solicita, es contrario a la Constitución.”⁵⁴

Finalmente, cabe señalar que entre los años 1925 y 1932, no se estableció un mecanismo procesal que regulara la tramitación de este recurso. Ahora bien, dado que durante esos siete años hubo varias situaciones de anormalidad constitucional, tales como golpes de Estado, gobiernos dictatoriales, juntas de gobierno y sublevaciones, finalmente fue la Corte Suprema la que, invadiendo la competencia del poder

⁵³ CLARO SOLAR, Luis. Los Decretos Leyes y el Recurso de Inaplicabilidad que establece el Art. 86 de la Constitución. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXI, 1ª parte: pp13 y ss. 1934; citado por SAENGER GIANONI, Fernando y BRUNA CONTRERAS, Guillermo. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005. op. cit.pp.40 y 41.

⁵⁴ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXI, 2ª parte, sec.1º: p.63. 1934; citado por SAENGER GIANONI, Fernando y BRUNA CONTRERAS, Guillermo. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005. op. cit. pp.49 y 50.

legislativo, dictó el auto acordado que regulaba el procedimiento de presentación y aplicación.⁵⁵

Cabe hacer presente que entre la Constitución de 1925 y la de 1980 existieron variadas propuestas en orden a modificar la Carta Fundamental en relación a la declaración de inconstitucionalidad. Así por ejemplo, en el año 1950 se discutió en el Congreso un proyecto de reforma constitucional para darle a la Corte Suprema competencia expresa para declarar inconstitucionales y posteriormente derogar, aquellos preceptos legales que fueran contrarios a la Constitución ya fuera en el fondo o en la forma. Sin embargo, este proyecto no prosperó.

⁵⁵ Dicho auto acordado establecía lo siguiente: “En Santiago, a veintidós de marzo de mil novecientos treinta y dos, se reunió la Excm. Corte Suprema, en acuerdo extraordinario, presidida por don Javier Ángel Figueroa y con asistencia de los ministros señores: Oyenedel, Trucco, Novoa, Burgos, Alonso, Schepeler, Rondanelli, Silva Cotapos, Fontecilla y Hermosilla y teniendo presente:

Que ni la Constitución, ni las leyes procesales han reglamentado la tramitación a que debe someterse el recurso de inaplicabilidad que confiere el art. 86 de esa Carta; y por consiguiente se hace necesario fijarla para asegurar la defensa a que tienen derecho los interesados.

Al respecto acuerda:

Presentado el escrito, se conferirá traslado común por seis días, aumentados con el emplazamiento que corresponda según la tabla, a las demás partes en el pleito. Transcurrido el plazo antedicho, con o sin la respuesta de los interesados, se pasarán los antecedentes para que dictamine el señor Fiscal; y evacuado el trámite se pondrá la causa en tabla para su vista y fallo, como los otros asuntos de que conoce el tribunal pleno.

No obstante que la C.P. de 1980 difiere en algunos aspectos de la redacción de 1925, este auto acordado se ha continuado aplicando invariablemente y sin ningún tipo de dificultades desde el 11 de marzo de 1981 en adelante.

Estimamos que el plazo de seis días para contestar el recurso una vez interpuesto es exiguo y no permite a la contraparte tener un tiempo suficiente para estudiar, analizar, redactar y presentar la defensa que crea conveniente para sus intereses.

Muchos recursos son densos, complejos, difíciles, extensos, profundos. Así, la defensa en contra de ellos requeriría de un plazo bastante mayor para una adecuada meditación de la respuesta.

La experiencia ha demostrado, además, que la vista de estos recursos tiene un considerable retraso tanto en la tramitación como en su fallo final.

En efecto, por una mera práctica administrativa se confecciona una tabla exclusivamente para estas materias, recayendo los días viernes de cada semana.

Nuevamente por práctica habitual, sólo se ve un recurso por viernes. Pero en innumerables oportunidades la Corte Suprema se dedica a estudiar otras materias, propias del pleno, relegando la vista de las inaplicabilidades.

El atraso, entonces, se convierte en algo crónico que afecta el interés de los peticionarios.” Citado por SAENGER GIANONI, Fernando y BRUNA CONTRERAS, Guillermo. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005. op. cit. pp.32 y 33.

Posteriormente, en el año 1958 el profesor de derecho constitucional Francisco Cumplido propuso incorporar al texto constitucional un tribunal específico cuya función fuera interpretar la Constitución⁵⁶. Años más tarde, en diciembre de 1963 se realizaron en la Biblioteca Nacional una serie de foros públicos dirigidos por el profesor Jorge Guzmán Dinator, con el propósito de debatir las reformas a la Constitución de 1925, sugiriéndose asimismo la creación de una Corte Constitucional.

En el mismo sentido, en las Terceras Jornadas Chilenas de Derecho Público celebradas entre el 30 de abril y el 2 de mayo de 1964 en la Universidad de Concepción, se propuso la modificación de la Constitución para crear un tribunal especial que tuviera dentro de sus facultades el control preventivo de la constitucionalidad de los proyectos de ley, a petición del Presidente de la República o de cualquiera de las Cámaras, y el control de la constitucionalidad de todas las leyes, con efecto *erga omnes*, tanto respecto de su contenido, como respecto a su formación.

Pese a la existencia de dichos debates y propuestas, cuando en el año 1964 el Presidente Eduardo Frei Montalva presentó al Congreso un proyecto de reforma constitucional, éste no contemplaba la creación de un Tribunal Constitucional. Sin embargo, en el debate en las Cámaras quedó en evidencia que era necesario la existencia de un órgano que asumiera también el control de inconstitucionalidad de la forma, al que la Corte Suprema se negaba por temor a mezclarse en funciones ajenas a las judiciales y por tanto, a politizarse, y que además resolviera las disputas jurídico-constitucionales entre las principales autoridades. Por esta razón la doctrina propuso la creación de una Corte Constitucional.⁵⁷

Justamente esos fueron los motivos que esgrimió la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, para argumentar la necesidad de creación de este nuevo órgano:

⁵⁶ Al respecto, véase CUMPLIDO CERECEDA, Francisco y NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Teoría de la Constitución. 3ª ed. Santiago, Cuadernos Universitarios, Universidad Nacional Andrés Bello, (Series Manuales N° 2). enero de 1994.

⁵⁷ RIBERA, Teodoro. Función y Composición del Tribunal Constitucional de 1980. En: Seminario Función del Tribunal Constitucional de 1980, 19 de noviembre de 1986, Centro de Estudios Públicos, p.88.

“La necesidad de mantener la supremacía del orden constitucional y de velar por el imperio de la legalidad más allá del campo estrictamente administrativo, que corresponde a la Contraloría General de la República, está entregada por la Constitución Política del Estado a la Corte Suprema, la que en virtud del artículo 86 de la Carta puede declarar inaplicable cualquier precepto legal contrario o atentatorio de la Constitución.

La Corte Suprema ha estimado que sólo puede ejercer su facultad respecto de aquellas normas legales que infrinjan o vulneren los derechos que otorga la Carta Fundamental, pero ha sido siempre renuente en acoger recursos de inaplicabilidad por vicios de inconstitucionalidad formal, porque estimaba que no tiene competencia para imbuirse en el proceso interno de la formación de la ley consagrada en los Reglamentos internos de cada rama del Parlamento.

El Tribunal Constitucional será el organismo encargado de abocarse a este tipo de problemas jurídicos en la etapa del proceso formador de la ley.”⁵⁸

Así las cosas -y recogiendo la tendencia mundial de ese entonces- el 23 de enero de 1970 se publicó la Ley N° 17.284 que modificaba la Constitución, creando el Tribunal Constitucional que tenía por objeto, por un lado, **(i)** el ejercicio de un control preventivo de los proyectos en trámite ante el Congreso, de los tratados internacionales y de decretos con fuerza de ley, y por otro, **(ii)** la solución de conflictos entre órganos (art. 78 B). Asimismo, paralelamente continuaron existiendo otros órganos que velaban por la constitucionalidad de las normas jurídicas de otra jerarquía, como la Contraloría General de la República.

El Tribunal Constitucional de esa época se componía de 5 miembros que duraban 4 años y eran reelegibles. Tres eran designados por el Presidente con acuerdo del Senado y dos por la Corte Suprema de entre sus ministros (art. 78 A).

Este Tribunal funcionó hasta que la Junta Militar, mediante DL N°119 de 10 de noviembre de 1973 lo declaró disuelto.

⁵⁸ ANDRADE, Carlos. Elementos de Derecho Constitucional Chileno. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1971. p. 593; citado por RIBERA, Teodoro, Función y Composición del Tribunal Constitucional de 1980 op.cit. p.86.

c. La Constitución Política de 1980

En efecto, el golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973 acarrió *de facto* la derogación de la Constitución de 1925, ya que los cuatro oficiales generales que formaban la Junta de Gobierno, se atribuyeron la totalidad de las potestades normativas, legislativas y constituyentes por la vía de los bandos militares, decretos leyes y decretos reglamentarios.

Posteriormente, la Junta Militar decidió dictar una nueva Constitución Política, para lo que cual designó a una Comisión encargada de presentar un proyecto, en la que prevalecían posturas más conservadoras, adherentes a las doctrinas de la economía social de mercado y al principio de seguridad nacional.⁵⁹

En lo que aquí interesa, cabe mencionar que se incluyó nuevamente la figura del Tribunal Constitucional pero con una competencia limitada. Al respecto, durante el debate en la mencionada Comisión de Estudio, el Presidente de la Comisión Sr. Enrique Ortúzar estimó que “la fundamental, es encontrar un mecanismo, sobre la base de un tribunal especial integrado por Ministros de la Corte Suprema, que permita conocer de las inconstitucionalidades que se generen durante la tramitación de las leyes o de aquellas leyes que no violen intereses particulares determinados, sino generales, dejando entregada a la Corte Suprema la posibilidad ya sea de conservar el recurso de inaplicabilidad o darle efectos generales (...)”⁶⁰. Lo importante, en otras palabras, es que existiera un órgano que velara por la supremacía constitucional

⁵⁹ Véase FIGUEROA YÀVAR, Juan Agustín. La última Reforma Constitucional. Santiago, Temas de estudio N° 2, Figueroa y Coddou abogados, pp.7 y 8.

Dicha comisión es conocida también como “Comisión Ortúzar” por su Presidente don Enrique Ortúzar, y estaba formada también por don Juan de Dios Carmona, don Gustavo Lorca, don Raúl Bertelsen, doña Alicia Romo, doña Luz Bulnes, don Jaime Guzmán, y don Rafael Eyzaguirre como secretario y don Rafael Larraín como prosecretario.

⁶⁰ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República [en línea]. Tomo IX, sesión N° 287 de 26 de abril de 1977, Biblioteca del Congreso Nacional, p.167.

<http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IX_Comision_Ortuzar.pdf> [consulta: 9 de junio de 2010]

imponiendo su criterio sobre el que haya tenido el Poder Legislativo al aprobar la norma. Por lo tanto, el problema recaía en decidir cuál sería ese órgano.⁶¹

En una sesión posterior, se dejó constancia que ya había cierto acuerdo en que el control administrativo correspondía a la Contraloría General de la República, el control político a ambas Cámaras, y el control jurisdiccional al Tribunal Constitucional en casos calificados.⁶²

Más adelante, la Comisión acordó que era inconveniente entregar el control de la constitucionalidad a los tribunales ordinarios de justicia, porque rompería con el esquema de la separación relativa de los poderes del Estado.⁶³ Por otro lado, como su labor general era resolver los conflictos jurídicos suscitados entre los órganos del Estado, lo que implica un alto componente político, se estimó que entregarle a la Corte Suprema la resolución de estos conflictos significaría poner a un órgano, cabeza del Poder Judicial, por encima del Presidente de la República y del Congreso Nacional, y además podría arrastrar a la Corte a situaciones conflictivas que el constituyente no podía permitir.⁶⁴ Asimismo, se estimó que la función del Tribunal Constitucional era

⁶¹ Véanse las “Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República” [en línea]. Tomo IX, sesión N°287 de 26 de abril de 1977, Biblioteca del Congreso Nacional, p.168.

<http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IX_Comision_Ortuzar.pdf> [consulta: 9 de junio de 2010]

⁶² Véase “Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República” Biblioteca del Congreso Nacional, [en línea]. Tomo X, sesión N°319 de 4 de octubre de 1977, p.7

<http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf> [consulta: 23 de julio de 2010]

⁶³ Véase “Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República” Biblioteca del Congreso Nacional, [en línea]. Tomo X, sesión N°358 de 25 de abril de 1978, p.761

<http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf> [consulta: 9 de junio de 2010]

⁶⁴ Véase “Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República” Biblioteca del Congreso Nacional, [en línea]. Tomo X, sesión N°358 de 25 de abril de 1978, p.765

<http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf> [consulta 9 de junio de 2010]

como “la culminación del Estado de Derecho, al constituirse en el control de la constitucionalidad de la ley y de la generación de los Poderes Públicos.”⁶⁵

Los propios miembros de la Comisión manifestaron el papel que debía cumplir el Tribunal Constitucional como “la entidad que resguarda toda la institucionalidad y a la cual se ha encargado velar por la supremacía constitucional”⁶⁶, y agregando el comisionado Sr. Guzmán que sería “un organismo tan trascendental que deberá ser el gran poder de seguridad ordinario de la Constitución (...) el que tendrá que garantizar que la Carta Fundamental se cumpla y no sea transgredida en su bases esenciales.”⁶⁷

Originalmente la Comisión había estimado dar a la Corte Suprema la facultad de declarar con efectos generales la inconstitucionalidad de la ley, pero posteriormente se estimó que era más conveniente entregarle esa facultad al Tribunal Constitucional, para evitar conflictos entre los órganos legislativos y la Corte Suprema. La Comisión aprobó que “luego de tres fallos uniformes y consecutivos sobre inaplicabilidad de la ley, la Corte Suprema enviará los antecedentes al Tribunal Constitucional, para que éste resuelva sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley respectiva”⁶⁸, y si el Tribunal estimaba que dicho precepto se ajustaba a la Constitución, la Corte en el futuro no podía declarar su inaplicabilidad (artículo 91 N°12 del anteproyecto de

⁶⁵ “Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República” Biblioteca del Congreso Nacional, [en línea]. Tomo X, sesión N°358 de 25 de abril de 1978, p.769

<http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf> [consulta 9 de junio de 2010]

⁶⁶ “Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República” Biblioteca del Congreso Nacional [en línea]. Tomo X, sesión N°365 de 3 de mayo de 1978, p.904

<http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf>

⁶⁷ “Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República” Biblioteca del Congreso Nacional [en línea]. Tomo X, sesión N°359 de 26 de abril de 1978, p. 779

<http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf>

⁶⁸ “Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República” Biblioteca del Congreso Nacional, [en línea]. Tomo X, sesión N°359 de 26 de abril de 1978, p.792

<http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf> [consulta 9 de junio de 2010]

Constitución). Sin embargo, finalmente dicha propuesta no prosperó pues implicaba hacer primar a un órgano jurisdiccional sobre otro, lo que era particularmente grave dado que los miembros del Tribunal Constitucional se generaban principalmente a través de la Corte Suprema, y por tanto implicaba hacer primar a algunos ministros de la Corte por sobre otros. Por eso, dicha facultad finalmente no fue incluida en la Constitución de 1980

Para aprobar dicha Constitución se llamó a plebiscito, el que se realizó sin la existencia de partidos políticos, ni registros electorales y durante un estado constitucional de emergencia, teniendo un resultado ampliamente favorable para el gobierno de facto. Así las cosas, finalmente la nueva Constitución Política de la República fue promulgada mediante Decreto Supremo de 24 de Octubre de 1980.

La Constitución de 1980 consagraba claramente el principio de supremacía constitucional en sus artículos 6° y 7° que señalan:

“Artículo 6°. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos, como a toda persona, institución o grupo.

La infracción a esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.”

“Artículo 7°. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.”

Además de la supremacía constitucional, los citados artículos contemplaban además el principio de fuerza vinculante y de aplicación estricta de la Constitución.

Para que todo lo anterior no quedara en una mera declaración, sino que tuviera aplicación práctica, la Constitución de 1980 contemplaba diversos mecanismos de control, que se basaba en las facultades que, tras la reforma del año 1970, la Constitución de 1925 concedía a los diferentes órganos.

En primer lugar, existía un Tribunal Constitucional de carácter autónomo e independiente, de rango constitucional y que no formaba parte del Poder Judicial, que estaba regulado en el capítulo VII (artículos 81 al 83) de la Carta Fundamental.

Se componía de siete miembros, lo que aumentaba en dos el número de integrantes en relación a la Constitución de 1925. Tres de ellos eran ministros de la Corte Suprema elegidos por ésta; uno un abogado designado por el Presidente de la República; dos abogados designados por el Consejo de Seguridad Nacional y un abogado elegido por el Senado. Todos debían poseer al menos quince años de título profesional y haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública.⁶⁹

A esta organización se le formularon diversas críticas. Por un lado, se juzgaba poco adecuado que ministros titulares de la Corte Suprema lo integraran sin dejar de ejercer su cargo judicial, dado que ello conducía a un ejercicio simultáneo de funciones que eran contradictorias e incompatibles, especialmente debido a que ambos órganos tenían atribuciones vinculadas al resguardo de la Constitución. Por otro lado, se consideraba contrario a un régimen democrático que dos de sus integrantes fueran elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional⁷⁰ y que no interviniera la Cámara en la designación de sus miembros.

⁶⁹ Cabe hacer presente que un año después se dictó la respectiva Ley Orgánica Constitucional que trataba principalmente sobre la planta, remuneraciones, estatuto del personal, y otros aspectos relativos a su organización y funcionamiento.

⁷⁰ El Consejo de Seguridad Nacional fue un organismo creado por la Constitución de 1980, cuya función era asesorar al Presidente de la República en materias relacionadas con la seguridad nacional. Presidido por el Presidente de la República, e integrado por los Presidentes del Senado, de la Cámara de Diputados, y de la Corte Suprema, por los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, por el General Director de Carabineros y por el Contralor General de la República.

Dentro de las principales funciones del Tribunal Constitucional se encontraban **(i)** ejercer un control *a priori* o preventivo de constitucionalidad, tanto de forma como de fondo, durante la tramitación de leyes de reforma constitucional, leyes y tratados; **(ii)** ejercer el control preventivo obligatorio de las leyes interpretativas de Constitución y de las orgánicas constitucionales; y **(iii)** conocer de las cuestiones de constitucionalidad relacionadas con la convocatoria a plebiscito, con decretos inconstitucionales o que recayeran en materias propias de ley, con decretos con fuerza de ley, con decretos promulgatorios y con decretos representados por la Contraloría.

Por otro lado, se encargaba de efectuar diversas intervenciones en materia de organización institucional, como **(iv)** informar al Senado; **(v)** declarar la inhabilidad de los Ministros de Estado y de los parlamentarios; y **(vi)** declarar la inconstitucionalidad de organizaciones o grupos políticos. En contra de las resoluciones del Tribunal Constitucional no procedía recurso alguno, salvo la rectificación que él mismo efectuara por los errores de hecho en que hubiere incurrido.

Las consecuencias jurídicas de su control eran, por un lado, que las normas declaradas inconstitucionales en el proyecto no podían convertirse en ley o decreto con fuerza de ley, según fuese el caso y, por otro lado, si el Tribunal estimaba que un precepto legal era constitucional, posteriormente no podía declararse inaplicable por la Corte Suprema por el mismo vicio.

En segundo lugar, y en forma paralela, la Corte Suprema ejercía un control represivo o *a posteriori* respecto de la constitucionalidad de fondo. Esta facultad estaba consagrada en el, en ese entonces, artículo 80, de la siguiente manera:

“La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento.”

Así, en esta Constitución la Corte Suprema podía declarar la inaplicabilidad de un precepto legal en tres situaciones diferentes: **(i)** de oficio, en los asuntos que estuviere

conociendo (esto es, en una casación en el fondo, recurso de queja, apelación de un recurso de amparo o de protección, e incluso en materias administrativas); **(ii)** a petición de parte, cuando un conflicto ya estuviera sometido a su conocimiento (“petición de inaplicabilidad”) y **(iii)** si se le solicitaba por la vía del recurso, para que se dejara de aplicar un precepto legal en cualquier gestión que se siguiera ante otro tribunal (recurso de inaplicabilidad propiamente tal). A este respecto, explican los autores Verdugo, Pfeffer y Nogueira,

“la Constitución de 1980 no innova respecto a los efectos de la declaración de inaplicabilidad y expresamente estableció que la atribución o facultad de la Corte se limita a declarar inaplicable ‘para ese caso particular’ el precepto legal contrario a la Constitución.

De esta manera, la sentencia que acoge la petición o recurso de inaplicabilidad, sólo produce efectos para el caso planteado, y viene a ser la corroboración del artículo 3° del Código Civil, que expresa que ‘las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.’”⁷¹

El efecto de que la Corte Suprema acogiera un recurso de inaplicabilidad, consistía en que el juez que estaba conociendo del asunto estaba obligado a prescindir del precepto legal impugnado en la tramitación o fallo de la gestión. Si, en cambio, el recurso era denegado, no se afectaba el normal desarrollo del juicio y el juez podía fallar aplicando la ley objetada de inconstitucional.

Por último, la Constitución de 1980 incorporó en un capítulo especial a la Contraloría General de la República, con la función de velar por la legalidad y la constitucionalidad de los actos de la Administración, mediante la llamada “toma de razón”. Así, establecía el antiguo artículo 88 en su inciso segundo:

“Corresponderá, asimismo, al Contralor General de la República tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos cuando ellos excedan o contravengan la ley derogatoria o sean contrarios a la Constitución.”

Sin perjuicio de las deficiencias con que han actuado, es posible verificar que -a diferencia de lo ocurrido durante la vigencia de la Constitución de 1925- los órganos

⁷¹ VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Derecho Constitucional, Tomo II. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p.257.

competentes se han esforzado por velar la supremacía constitucional a partir de la Constitución de 1980⁷². A modo de ejemplo, la Corte Suprema, en sentencia de 1° de julio de 2002, causa rol 2986-01, ha establecido:

“Considerando 6°. Que el principio de la supremacía constitucional y la interpretación de las leyes conforme a la Constitución, que ha sido esgrimido por la defensa y que se desprende de las disposiciones constitucionales recién indicadas en este fallo, obliga al órgano jurisdiccional a interpretar las normas legales en conformidad a la Constitución y a utilizar en tal labor la consideración de que ella es un todo en que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido en función del conjunto. Pero, además, la interpretación debe realizarse con pleno respeto del principio de conservación de la norma para cuidar la voluntad del legislador, de quien es posible presumir que al dictar las disposiciones legales, elige aquellas que sean acordes con la Constitución. De otra manera no sería posible contar con la seguridad jurídica necesaria para la propia realización del derecho.”⁷³

En el mismo sentido, también el Tribunal Constitucional se ha preocupado de profundizar acerca del principio de supremacía constitucional, señalando a este respecto, a modo ejemplar, en la sentencia de fecha 26 de junio de 2001, rol N°325, que:

“Considerando 5°. Al mismo tiempo, la decisión también se extiende sobre uno de los pilares básicos de nuestro Estado de Derecho, cual es el ámbito de las atribuciones de este Tribunal para velar por el fiel cumplimiento del principio de supremacía constitucional consagrado en el art. 6° del Capítulo I sobre las Bases de la Institucionalidad. El Tribunal Constitucional es uno de los órganos esenciales que debe custodiar aquel principio y frente a la trascendencia de sus funciones ni puede ni debe, actuando dentro de su competencia, dejar de ejercer sus atribuciones (...)”⁷⁴

En consecuencia, desde el año 1970 hasta la entrada en vigencia de la reforma del año 2005 -sin considerar el período 1973 a 1980 durante el cual la actuación del Tribunal Constitucional, como toda otra actuación, estuvo suspendida - existió en nuestro país un sistema mixto de control de la constitucionalidad de las leyes: el

⁷² La afirmación, naturalmente, sólo opera bien pasado el período de transición.

⁷³ Citado por SAENGER GIANONI, Fernando y BRUNA CONTRERAS, Guillermo. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005. op. cit. p.71.

⁷⁴ Citado por SAENGER GIANONI, Fernando y BRUNA CONTRERAS, Guillermo. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005. op. cit. pp.71 y 72.

Tribunal Constitucional ejercía el control preventivo y la Corte Suprema lo hacía de modo represivo.

2. Regulación constitucional y legal actual del Tribunal Constitucional

Una vez terminado el gobierno de facto, los políticos afines y contrarios a dicho régimen, optaron por una lenta transición lo que se tradujo, en lo que dice relación con la Constitución de 1980, en la voluntad de los primeros de mantenerla tan íntegra como fuese posible, y en el interés de los segundos de ir modificándola de a poco de modo de hacerla más democrática, pero sin menoscabar las estructuras fundamentales.

Lo anterior se tradujo en que a partir del año 1989 y hasta la fecha, han existido 18 leyes de reforma constitucional, siendo la última la Ley 20.050, promulgada y publicada el 26 de agosto de 2005. Estas modificaciones paulatinas significaron, en palabras de Juan Agustín FIGUEROA, “[e]n primer lugar el respaldo político tácito y pleno respecto de lo no modificado, con lo cual se le da un sello de legitimidad; y en segundo lugar, una estructura esencialmente híbrida o de compromiso, en donde subsisten forzosamente visiones antagónicas.”⁷⁵

a. Ley N°20.050 que reforma la Constitución Política

Como adelantamos, la Ley N°20.050, promulgada y publicada en el diario Oficial de 26 de agosto de 2005, incorporó más de 50 modificaciones a la Constitución Política de la República de 1980, logrando así un importante consenso político en variadas materias. Los orígenes de estas modificaciones se remontan a mociones parlamentarias presentadas el año 2000, tanto por senadores de la Concertación que ejercía el gobierno en ese entonces (señores Bitar, Hamilton, Silva y Viera-Gallo) como de Alianza que era oposición (señores Chadwick, Diez, Larraín y Romero).

⁷⁵ FIGUEROA YÁVAR, Juan Agustín. La última Reforma Constitucional. op. cit. p.9.

Las discusiones al respecto no estuvieron exentas de polémica, lo que se tradujo en que transcurrió más de un año –desde julio de 2000 a noviembre de 2001- para que el Senado iniciara la discusión general del proyecto, y otro año más –enero de 2002 a abril de 2003- para que se iniciara la discusión particular que terminó con la aprobación en el Senado sólo en noviembre de 2004, previa interrupción de casi otro año más.

En relación al tema objeto del presente trabajo, la principal modificación consistió en la supresión de la competencia de la Corte Suprema para conocer y fallar el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y el otorgamiento de nuevas atribuciones al Tribunal Constitucional, entre ellas, el mencionado recurso⁷⁶.

Por otro lado, mediante la reforma del año 2005 se aumentaron los miembros del Tribunal Constitucional, se modificó su composición, se reestructuró su organización y funcionamiento y se le asignaron nuevas tareas. De este modo se robusteció fuertemente su competencia, principalmente porque, por un lado, se le asignó el conocimiento del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y, por otro, la declaración de inconstitucionalidad pasó a tener efectos *erga omnes*. De este modo, nuestro tribunal pasó a tener una posición semejante a la de los Tribunales Constitucionales tradicionales.

Sin embargo, al mismo tiempo se adoptaron algunos resguardos para no convertirlo en un órgano con excesivo poder, por ejemplo, no se le traspasaron al Tribunal Constitucional el conocimiento de todas las acciones que garantizan los derechos constitucionales como los recursos de protección y de amparo.

⁷⁶ Al respecto cabe tener presente que el Decreto Supremo N° 100 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución de 1980, promulgado el 17 de septiembre de 2005 y publicado en el Diario Oficial de 22 de septiembre del mismo año, alteró la numeración y la extensión de la Carta Fundamental. Como consecuencia, ésta tiene actualmente 129 normas permanentes y de 20 disposiciones transitorias, lo que implicó que las normas referidas al Tribunal Constitucional que originalmente se encontraban en los artículos 81 al 83, actualmente se encuentran reguladas en los artículos 92 al 94.

b. Ley 20.381 que reforma la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional

Como hemos señalado, si bien la Ley 20.050 que modificó la composición y atribuciones del Tribunal Constitucional promulgó y publicó en el Diario Oficial de 26 de agosto de 2005, la modificación de la Ley Orgánica Constitucional (“LOC”) que regulaba el Tribunal Constitucional se publicó recién el 28 de octubre de 2009.

De conformidad al artículo 92 inciso final de la Constitución, es la LOC la encargada de determinar su organización, funcionamiento, procedimientos, y de fijar la planta, régimen de remuneraciones y estatutos de su personal.

Entre los aspectos más relevantes en relación a lo que aquí nos interesa, la mencionada Ley 20.381 establece:

1. Que el Tribunal Constitucional “sólo podrá ejercer su jurisdicción a requerimiento de las personas y los órganos constitucionales legitimados de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política de la República o de oficio, en los casos señalados en la Constitución Política de la República y en esta ley.” (artículo 3 inciso 1°)
2. Que los miembros del Tribunal deben elegir entre ellos un Presidente, por la mayoría absoluta de los votos. (artículo 5)
3. Que los acuerdos se regirán por las normas del Párrafo 2° del Título V del Código Orgánico de Tribunales (acuerdos de las Cortes de Apelaciones), y que el último voto será el del Presidente. En el caso de discordia de votos establecida en el artículo 86 inciso 2° del mencionado Código⁷⁷, si no resulta

⁷⁷ El mencionado inciso segundo del artículo 86 establece: "Cuando en los acuerdos para formar resolución resultare discordia de votos, cada opinión particular será sometida

mayoría para decidir la exclusión prevalecerá la opinión que cuente con la voto del Presidente. Si ninguna de ellas contare con dicho voto, la exclusión será resuelta por éste, mediante resolución fundada (artículo 17).

4. Por otro lado se establece que “en ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o de competencia del Tribunal.

Sólo éste, de oficio, podrá conocer y resolver su falta de jurisdicción o competencia.” (artículo 18)

5. Que el Tribunal funcionará en pleno o dividido en dos salas. En el primer caso, el quórum será, a lo menos, de ocho miembros; y en el segundo de al menos cuatro (artículo 25 B).

A continuación se menciona los asuntos de competencia del pleno (artículo 25 C) y de las salas (artículo 25 D). El control de constitucionalidad, ya sea preventivo o represivo, y la declaración de inaplicabilidad en un caso concreto, son de competencia del pleno.

6. Que el Tribunal podrá decretar medidas cautelares como la suspensión del procedimiento, de oficio o a petición de parte, desde que es acogido a tramitación un requerimiento y aun antes de su declaración de admisibilidad. Del mismo modo podrá dejarlas sin efecto o volver a decretarlas, de oficio o a petición de parte (artículo 30 bis).

separadamente a votación y si ninguna de ellas obtuviere mayoría absoluta, se excluirá la opinión que reúna menor número de sufragios en su favor, repitiéndose la votación entre las restantes.

Si la exclusión pudiere corresponder a más de una opinión por tener igual número de votos, decidirá el tribunal cuál de ellas debe ser excluida; y si tampoco resultare mayoría para decidir la exclusión, se llamarán tantos jueces cuantos sean necesarios para que cualquiera de las opiniones pueda formar sentencia, debiendo, en todo caso, quedar constituido el tribunal con un número impar de miembros.

Los jueces que hubieren sostenido una opinión excluida, deberán optar por alguna de las otras sometidas a votación.

El procedimiento de este artículo se repetirá cada vez que ocurran las circunstancias mencionadas en él.”

7. Que el control preventivo de la constitucionalidad de las leyes interpretativas de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de éstas últimas, por parte del Tribunal Constitucional, es de carácter obligatorio (Título II, Párrafo 1).

8. Que “[h]abiéndose pronunciado el Tribunal sobre la constitucionalidad de las normas de un tratado o de un proyecto ley orgánica constitucional o de ley que interprete algún precepto de la Constitución Política, en los términos señalados en los artículos anteriores, no se admitirá a tramitación en el Tribunal ningún requerimiento para resolver cuestiones sobre constitucionalidad de dichos proyectos o de uno o más de sus preceptos.
Resuelto por el Tribunal que un precepto legal es constitucional, no podrá declararse inaplicable por el mismo vicio materia del proceso y de la sentencia respectiva.” (artículo 37)
Los mismos términos de este inciso final son aplicables en la declaración de constitucionalidad de un proyecto de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a aprobación del Congreso (artículo 45 bis)
En el mismo sentido, “[r]esuelta la cuestión de inaplicabilidad por el Tribunal Constitucional, no podrá ser intentada nuevamente, por el mismo vicio, en las sucesivas instancias o grados de la gestión en que se hubiere promovido.” (artículo 47L)

9. En relación a la constitucionalidad de los autos acordados, de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados pertinentes; y de la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal en relación a una gestión concreta, “excepcionalmente y por razones fundadas, el Tribunal podrá declarar la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas basado únicamente en fundamentos constitucionales distintos a aquellos que han sido invocados por las partes en la litis. En este caso, deberá advertirles acerca del uso de ese posible precepto constitucional no invocado y permitirles así referirse a ello. (...)” (artículos 37F, 44 y 47J)

En cambio, la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales, “deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento.” (artículo 47V)

10. Que “[l]a sentencia que declare la inaplicabilidad del precepto legal impugnado deberá especificar de qué modo su aplicación en la gestión pendiente de que se trata resulta contraria a la Constitución.” (artículo 47K)
11. Que las cuestiones de inconstitucionalidad de un precepto declarado inaplicable, “no podrá promoverse respecto de un tratado ni de una o más de sus disposiciones.” (artículo 47Ñ inciso final)

3. Composición y elección de los miembros del Tribunal Constitucional

Como ya se ha señalado, el Tribunal Constitucional de Chile es un órgano del Estado autónomo e independiente de toda otra autoridad o poder, con naturaleza jurídica de tribunal colegiado.

Dada la gran relevancia de las funciones que ejerce, como bien señalan los autores Verdugo, Pfeffer y Nogueira, la integración del Tribunal Constitucional “no es sólo un problema técnico-jurídico, sino una materia de alto contenido político; pues, de una u otra manera, la forma de elegir a sus integrantes determinará el contenido de sus fallos. Por otra parte, al definirse su composición, no sólo deben resguardarse la calidad e independencia del Tribunal, sino, además, velar por su legitimación y reconocimiento democrático, considerando, especialmente, que se trata de un órgano constitucional que ejerce soberanía.”[énfasis agregado]⁷⁸

⁷⁸ VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Derecho Constitucional. op. cit. pp.277 y 278.

Justamente, para parte de la doctrina chilena, la mencionada reforma del año 2005 respecto de la elección y composición de Tribunal, logra el objetivo de contribuir a su legitimación y reconocimiento democrático.

Así por ejemplo, señalan los autores Alejandro SILVA BASCUÑÁN y María Pía SILVA GALLINATO, “el nuevo sistema de designación permite la participación equilibrada y equitativa de los principales órganos del Estado, permitiendo que quienes sean elegidos ministros del Tribunal posean un título de legitimidad indiscutido y los atributos indispensables para desempeñarse en un organismo cuyo criterio habrá de imponerse muchas veces sobre el de los demás órganos.”⁷⁹

Lo anterior porque, de conformidad a lo establecido en el actual artículo 92 de la Constitución, la designación de sus miembros se efectúa de la siguiente manera: **(i)** tres por el Presidente de la República; **(ii)** cuatro elegidos por el Congreso (dos directamente por el Senado y dos propuestos por la Cámara para que el Senado los apruebe); y **(iii)** tres por la Corte Suprema.⁸⁰ En cambio, bajo la Constitución de 1980, como se recordará, tres de sus miembros eran elegidos por la Corte Suprema, uno por el Presidente de la República, dos por el Consejo de Seguridad Nacional y uno por el Senado.

De este modo, por un lado, el nuevo Tribunal Constitucional está compuesto de diez miembros –a diferencia de los siete anteriores- cifra que, al ser un número par, tiene por objeto que existan claras mayorías en la adopción de sus decisiones.

⁷⁹ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. y SILVA GALLINATO, María Pía. Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional [en línea]. En: XXXVI JORNADAS CHILENAS DE DERECHO PÚBLICO: Reformas Constitucionales 2005, Un año después: 30 de noviembre y 1° de diciembre de 2006. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p.6. <http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/silva_bascunan.pdf>; [consulta: 15 de abril de 2010]

⁸⁰ Actualmente los miembros que componen el Tribunal Constitucional son: el Presidente Marcelo Venegas Palacios, y los ministros Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera Gallo.

Por otro lado, en la elección de sus miembros se congregan los tres poderes del Estado, incluyendo a ambas Cámaras y eliminando la designación por parte de un órgano no democrático y frecuentemente cuestionado como es el Consejo de Seguridad Nacional. Además, si bien la Corte Suprema mantiene su designación de 3 miembros, ahora deberán ser abogados y no ministros integrantes de ella.

Lo anterior fue objeto de un arduo debate. El proyecto original propuesto por la Comisión de Estudio y el Consejo del Estado, proponía que la Corte Suprema eligiera a cinco de sus siete miembros, tres de los cuales fueran Ministros de la Corte y los otros dos abogados. Sin embargo, ello fue duramente criticado pues significaba que el Tribunal Constitucional constituiría una mera prolongación de la Corte Suprema, introduciéndose a ésta por esa vía en la decisión de materias políticas.

Respecto del procedimiento para su nombramiento, el propio artículo 92 establece que “el Senado o la propuesta de la Cámara se efectuarán en votaciones únicas y requerirán para su aprobación del voto favorable de los dos tercios de los senadores o diputados en ejercicio, según corresponda” (2º oración de la letra b) y los integrantes designados por la Corte Suprema se eligen en votación secreta, en sesión especialmente convocada para tal efecto (letra c).

Asimismo, y precisamente con el propósito de resguardar la calidad del Tribunal, se exige que para acceder al cargo se tengan más de 15 años de título de abogado, una destacada actividad profesional, universitaria o pública, y no tener impedimento que inhabilite para ser juez.

Por su parte, para velar por su independencia, se sujeta a los ministros del Tribunal a una serie de restricciones en el ejercicio de sus funciones, ya que se les aplica tanto el régimen de incompatibilidades e incapacidades parlamentarias, como la causal de cesación parlamentaria de realizar actos o contratos que interfieran con la

independencia que han de mantener respecto del Fisco o de intereses particulares⁸¹. Asimismo se les prohíbe ejercer la abogacía y la judicatura⁸².

Como contrapartida sus miembros gozan del fuero reconocido a los jueces⁸³ y son inamovibles en sus cargos⁸⁴.

Finalmente, cabe señalar que los ministros duran 9 años en su cargo, se renuevan por parcialidades cada tres, y deben cesar al cumplir los 75 años⁸⁵. Sin embargo, no pueden ser reelegidos, “salvo aquel que habiendo sido elegido como reemplazante, haya ejercido el cargo por un período menor a cinco años y tenga menos de 75 años de edad.”(artículo 2 de la LOC del Tribunal Constitucional).

4. Funciones del Tribunal Constitucional chileno

Como se ha señalado, las características que tradicionalmente han tenido las funciones del Tribunal Constitucional, según el profesor SILVA BASCUÑAN, son:⁸⁶

- a) Ejercicio de un control de constitucionalidad preventivo.
- b) Realización de un análisis abstracto, esto es, enfrentando confrontando el texto constitucional con la norma que se le opone, sin tener en cuenta su aplicación concreta.
- c) En casos determinados, ejercicio en un control represivo pero también en abstracto, por ejemplo, respecto de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.
- d) Actuación como la jurisdicción de máxima jerarquía constitucional para dirimir conflictos entre los órganos constituidos.
- e) Prohibición de juzgar la legitimidad de la misma Constitución.

⁸¹ Arts. 57, 58 y 60 inciso 2° y 3° de la CPol.

⁸² Art. 92 inc. 2° de la CPol.

⁸³ Art. 81 de la Cpol.

⁸⁴ Art. 92 inc. 3° de la CPol.

⁸⁵ Art. 92 inc. 3° de la CPol.

⁸⁶ SILVA BASCUÑAN, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, tomo IX. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, N° 16, pp. 16 y 17.

- f) Facultados sólo para ejercer las funciones que taxativamente les concede la Carta, sin poder actuar de oficio.
- g) Ausencia de facultades para pronunciarse sobre problemas de legalidad, sólo de constitucionalidad.
- h) Conocimiento tanto de las inconstitucionalidades de fondo como de forma.

Sin embargo, como se ha visto, en el derecho comparado se ha ido imponiendo la idea de confiar al Tribunal Constitucional el ejercicio del control concentrado de constitucionalidad. Esto significa que toda duda o discrepancia respecto de la interpretación y el modo en que ha de cumplirse la Constitución, debe ser conocida y decidida solamente por el mencionado órgano.

Como consecuencia de ello, a nivel comparado el Tribunal Constitucional no sólo analiza en abstracto la constitucionalidad de una norma o acto, sino que además tiene otras facultades para lograr que los órganos estatales se ajusten a la Ley Fundamental cuando las personas hacen valer y ejercitan ante él diversas acciones y recursos.

Así, y acercándose poco a poco a la tendencia del derecho comparado, con la reforma del año 2005, el Tribunal Constitucional chileno ha pasado a conocer y analizar el eventual conflicto entre la Carta Fundamental y una determinada norma en relación a una situación de hecho concreta.

a. Funcionamiento del Tribunal Constitucional

Como se ha adelantado, el Tribunal Constitucional conoce de los asuntos en pleno - con un quórum de 8 miembros para sesionar- o bien dividido en dos salas -con un quórum de 4 en cada una de ellas-. La Constitución Política expresamente confía algunas materias al conocimiento del pleno (Nº1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 11 del artículo 93), y respecto de las demás lo determina su Ley Orgánica Constitucional.

Los acuerdos se adoptan por simple mayoría o bien conforme al quórum especial que se establezca para ciertas materias. Así por ejemplo la declaración de

inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable, requiere de cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio. El Tribunal debe fallar conforme a derecho.

Como también se señaló, hasta el 28 de octubre de 2009 no se había modificado la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional para adecuarlo a la reforma contenida en la Ley 20.050.⁸⁷

Por lo mismo, mientras no se modificaba la LOC (Ley 17.997), alegando que en ausencia de norma que le autorizase a sustituir en esto al legislador orgánico y estándole prohibido actuar de oficio, el Tribunal Constitucional no había dictado un auto acordado para regular la tramitación de las inaplicabilidades. Sin embargo, para cada acción interpuesta, el Tribunal había dictado una resolución especial que fijaba un procedimiento casi idéntico.

Actualmente los procedimientos de tramitación de los diferentes recursos están regulados en la mencionada Ley 20.381, que vino a reemplazar a la antigua Ley 17.997.

b. Efectos de las resoluciones del Tribunal Constitucional

Antes de la reforma del año 2005, cuando ejerciendo su control preventivo el Tribunal Constitucional declaraba que una disposición era inconstitucional, el efecto es que esta norma no podía adquirir validez jurídica. Por el contrario, si se resolvía la inconstitucionalidad de una disposición ya vigente, la sentencia que acogía el respectivo reclamo la dejaba sin efecto de pleno derecho.

⁸⁷ El proyecto, que contempla 66 cambios a la LOC, se inició por mensaje de 7 de diciembre de 2005, ingresando a la Cámara el 20 de diciembre. El 1° informe de la comisión de Constitución es del 18 de enero de 2006; el informe complementario es de 7 de abril de 2006; la Comisión de Hacienda evacuó su primer informe el 7 de abril y un informe complementario el 11 de abril. El 12 de abril la sala lo aprobó en general y en particular. En el 2° trámite ante el Senado, el primer informe de la Comisión de Constitución es de 15 de mayo de 2006, se aprobó en general y actualmente se encuentra en la Comisión de Constitución para su segundo informe.

Por otro lado, cuando el Tribunal Constitucional determinaba que un determinado precepto era constitucional, su declaración producía el efecto de cosa juzgada por lo que la Corte Suprema no podía posteriormente declararlo inaplicable por el mismo vicio que había sido materia de la sentencia.

Sin embargo, no debe confundirse la naturaleza de las decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional, con las que les correspondía a la Corte Suprema en relación a un determinado precepto. Así, cuando el Tribunal Constitucional –no mediando cuestión ni contienda- declaraba la constitucionalidad de una LOC y no formulaba reparo alguno sobre la constitucionalidad del proyecto, parecía posible impugnar después alguna de sus disposiciones ante la Corte Suprema, ya que el antiguo artículo 83 sólo excluía la revisión de un precepto por la Corte cuando había sido “por el mismo vicio” que fuera materia de la sentencia del Tribunal Constitucional.⁸⁸

Ahora, tras la reforma del año 2005, los efectos son los siguientes:

En primer lugar, “[l]as disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate.”⁸⁹

En segundo lugar, tratándose de la potestad reglamentaria, el Decreto queda sin efecto con el sólo mérito de la sentencia (efecto *ex nunc* y *ex tunc*).

En tercer lugar, tratándose de autos acordados, decretos con fuerza de ley y leyes, se entenderán derogados desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia, la que no producirá efecto retroactivo (efecto derogatorio).

Cabe hacer presente a este respecto, que las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de todo o parte de una ley, de un decreto con fuerza de ley, de un

⁸⁸ Véase VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Derecho Constitucional. op.cit. p.300.

⁸⁹ Art. 94 inc. 2° de la CPol.

decreto supremo o de un auto acordado, se publicarán en el Diario Oficial dentro de los 30 días siguientes a su dictación.⁹⁰

Finalmente es importante señalar que tras la reforma del año 2005, el nuevo artículo 94 establece que en contra de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional “no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede, el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido.” (inciso 1°)

c. Nuevas funciones del Tribunal Constitucional

El nuevo artículo 93 de la Constitución mantiene varias de las atribuciones primitivas que el antiguo artículo 82 le daba al Tribunal Constitucional, a saber:

- a) el control obligatorio de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales e interpretativas de la Carta (N°1 e inciso 2°);
- b) la resolución de cuestiones de constitucionalidad durante la tramitación de un proyecto de ley o de una reforma constitucional y de las normas de un tratado⁹¹ (N°3 e incisos 4°, 5° y 6°);
- c) la resolución de las cuestiones de constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley (N°4 e inciso 8° y artículo 94 inciso 4);
- d) la resolución de cuestiones de constitucionalidad sobre convocatoria a plebiscito (N°5 e incisos 9°, 10° y 11°);
- e) la resolución de cuestiones de constitucionalidad por no promulgar una ley o un texto diverso al aprobado (N°8 e inc.14°);
- f) la resolución de cuestiones de constitucionalidad por decreto o resolución representado por la Contraloría General de la República (N°9);

⁹⁰ Véase NAVARRO BELTRÁN, Enrique. El Tribunal Constitucional y las Reformas Constitucionales de 2005. Revista de Derecho Público Facultad de Derecho de Universidad de Chile, 70: p.30, 2008.

⁹¹ Esto es, un control preventivo, y facultativo pues procede solo a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de la Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

- g) la declaración de inconstitucionalidad de organizaciones políticas (N°10 e inc.16° y 18° y art. 19 N°15 inc.6° a 8°);
- h) el informe al Senado (N°11 e inc.15° y 18° y art. 53 N°7);
- i) la resolución de las inhabilidades que afecten a un Ministro de Estado (N°13 e inc.16°, 18° y 19°); y
- j) la resolución de inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación parlamentarias (N°14 e inc. 17°)

Sin perjuicio de ello, además la mencionada reforma le otorga nuevas facultades, con la finalidad de que la Constitución Política sea interpretada de un modo más uniforme por un órgano técnico, especializado y de la máxima jerarquía, a saber:

- a) Ejercer de modo obligatorio el control preventivo de constitucionalidad de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de una LOC (N°1).
- b) Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados⁹², pero sólo de aquellos dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones (N°2 e inc. 3°).
- c) Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia que

⁹² Los autos acordados son normas dictadas por los tribunales superiores, en uso de sus facultades económicas, con el objeto de mejorar la administración de la justicia. Tradicionalmente la doctrina nacional ha criticado duramente dicha facultad por estimar que se encontraría en pugna con el principio de legalidad procedimental establecido en el art. 19 N°3 de la Carta Fundamental. Esta discusión se vio acrecentada el año 1998 debido a las modificaciones que se establecieron al auto acordado que regulaba la tramitación del recurso de protección, en particular, el establecimiento de los requisitos de admisibilidad. Lo anterior llevó a que algunos disputados propusieran un proyecto de ley que otorgaba al Tribunal Constitucional la competencia para “resolver las cuestiones sobre la constitucionalidad de un auto acordado, instructivo o resolución de carácter general de la Corte Suprema.” El tema de fondo que motivaba este proyecto era el ámbito que le correspondía “abarcar a la Corte Suprema en el ejercicio de su superintendencia económica. Al respecto, si los auto acordados limitaran los derechos fundamentales de las personas o abarcaran el ámbito que el constituyente ha reservado en forma privativa como de dominio legal, indudablemente estaríamos en presencia de un conflicto constitucional de difícil solución.” Boletín N°22057-07, citado por NAVARRO BELTRÁN, Enrique. El Tribunal Constitucional y las Reformas Constitucionales de 2005. op. cit. p.18.

no correspondan al Senado (N°12). En consecuencia, el Tribunal Constitucional conoce las contiendas suscitadas entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de inferior jerarquía.

Dado que la Corte Suprema es quien tiene la superintendencia directiva, correccional y económica sobre todos los tribunales de la Nación, era quien antiguamente tenía esta atribución, y según el informe de la propia Corte a la Comisión de Constitución del Senado, debió haber mantenido esta facultad.⁹³

- d) Calificar la inhabilidad invocada por un parlamentario y pronunciarse sobre su renuncia al cargo (N°15)⁹⁴.
- e) Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos⁹⁵, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquéllos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del

⁹³ Por otro lado se mantiene en el Senado la resolución de las contiendas suscitadas entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia, facultad que los primeros trámites del proyecto de reforma confiaban al Tribunal Constitucional. Al respecto, algunos autores como los autores SILVA BASCUÑAN y SILVA GALLINATO sostienen que esos conflictos son más bien de jurisdicción y no de competencia pues “recaen en la determinación de la esfera de potestades privativas que corresponda a los órganos en conflicto”, por lo que hubiera sido “más apropiado haber confiado la resolución de esas controversias al Tribunal Constitucional, como órgano autónomo, independiente, encargado de resguardar la Carta y de mantener la debida distribución de funciones que ella consigna en su texto.” SILVA BASCUÑAN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María Pía, Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional [en línea]. En: XXXVI JORNADAS CHILENAS DE DERECHO PÚBLICO: Reformas Constitucionales 2005, Un año después: 30 de noviembre y 1° de diciembre de 2006. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p.11. <http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/silva_bascunan.pdf>; [consulta: 15 de abril de 2010]).

En el mismo sentido, el profesor Enrique NAVARRO sostiene que otorgar el conocimiento de todas las contiendas de competencia al Tribunal Constitucional era lo más conveniente, dada la naturaleza del conflicto y del órgano resolutor. NAVARRO BELTRÁN, Enrique. El Tribunal Constitucional y las Reformas Constitucionales de 2005. op.cit. p.30.

⁹⁴ Esta facultad es semejante a la que le atribuye el N° 11 del mismo art. 93, en cuanto ha de informar al Senado sobre el impedimento físico o mental que inhabilite al Presidente en ejercicio o electo o sobre el fundamento de dimisión que haga el Presidente de su cargo (art. 53 N° 7).

⁹⁵ Esta norma se refiere a los Decretos Supremos, esto es, los emanados del Presidente de la República dictados en uso de su facultad de administración y gobierno o para la ejecución de las leyes.

Presidente de la República, cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley (N°16)⁹⁶.

- f) Sin embargo, la principal de las nuevas funciones es el control represivo o *a posteriori* de los preceptos legales.

En consecuencia y como se ha señalado, la principal reforma del año 2005 a este respecto, es la consagración de un control concentrado de la constitucionalidad de la ley por parte del Tribunal Constitucional. Así, el mencionado órgano ya no decide sólo en forma preventiva o *a priori* si una norma jurídica se ajusta o no a la Ley Fundamental⁹⁷, sino que también resuelve de modo represivo o *a posteriori*, ya sea resolviendo la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal, resulte contrario a la Constitución; o bien resolviendo la inconstitucionalidad de un precepto legal ya declarado inaplicable.

Ahora bien, justificando que la concentración estuviera en un órgano independiente del Poder Judicial en vez que en la Corte Suprema, don Juan COLOMBO esgrimió el siguiente argumento:

“[E]n el mundo se aprecian dos tipos diferentes de Tribunales Constitucionales. Uno, los Tribunales Constitucionales propiamente tales. Otro, en que existen salas de la Corte Suprema especializadas, dedicadas a decidir conflictos constitucionales. [El Sr. Colombo e]s partidario de los Tribunales Constitucionales propiamente tales, pues la Corte Suprema, dentro del mecanismo de la organización de la justicia, vela fundamentalmente por el cumplimiento de la ley y eso está claro

⁹⁶ Con esta modificación, se funde en un sólo preceptos las materias contenidas en los antiguos N° 5 y 12 del art. 82, referidos a los decretos inconstitucionales y a los dictados en materias reservadas a la ley. Pero además, se separan dos asuntos que estaban comprendidos en el mismo precepto N°5 del art. 82 estableciendo como atribución especial distinta la resolución de los reclamos en caso que el Presidente promulgue erróneamente una ley (N°8), y en caso de decretos inconstitucionales.

⁹⁷ Al respecto, cabe hacer presente la afirmación de Juan COLOMBO respecto de que actualmente “existe consenso a nivel doctrinario, que se refleja en los textos constitucionales, en orden a que la función que desempeñan los Tribunales Constitucionales es jurisdiccional.” Esto por cuanto las últimas discusiones en torno a que el control preventivo de constitucionalidad no sería jurisdiccional sino político, han sido descartadas en el caso más emblemático, el del Conseil Constitutionnel francés, como lo resume Franck Moderne en “El control previo de constitucionalidad en la Europa contemporánea”, al concluir que “no se discute más el papel de juez desempeñado por el Consejo Constitucional”. COLOMBO, Juan, Inauguración Seminario. op. cit 15 p.

dentro de toda la mecánica del recurso de casación en el fondo... Si se produce un problema de constitucionalidad, incluso de la ley, tiene que acudirse a un órgano especializado para que dirima si esa ley es o no constitucional. La Corte Suprema es un ente que está inmerso en la división de los poderes públicos. En cambio, el Tribunal es un órgano independiente y ajeno al quehacer normal de la injerencia de los poderes públicos...".⁹⁸

Por último, cabe hacer presente que una parte de la doctrina critica esta solución, argumentando que la declaración de inaplicabilidad es una función propia de los tribunales de justicia que conocen de los casos en que ella se pronuncia. Así sostienen que la solución de quitarle esta atribución a la Corte Suprema y traspasarla al Tribunal Constitucional tendría un fundamento meramente práctico y no doctrinario.

d. Normas que escapan al control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional

Como hemos visto, pese a las amplias facultades que la reforma del año 2005 le entregó al Tribunal Constitucional chileno para controlar la constitucionalidad de las reglas de nuestro ordenamiento jurídico, existen sin embargo ciertas normas que escapan de ese control.

Así, **en primer lugar**, si bien el Tribunal Constitucional vela por la constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones, no tiene sin embargo competencia para resolver acerca de autos acordados emanados de otros órganos jurisdiccionales como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o el Tribunal de Contratación.

⁹⁸ Intervención de COLOMBO, Juan en la Comisión de Constitución del Senado, según testimonia su primer informe de 6 de noviembre de 2001, citado por SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. y SILVA GALLINATO, María Pía, Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional [en línea]. En: XXXVI JORNADAS CHILENAS DE DERECHO PÚBLICO: Reformas Constitucionales 2005, Un año después: 30 de noviembre y 1° de diciembre de 2006. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p.13. <http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/silva_bascunan.pdf>; [consulta: 15 de abril de 2010].

Al respecto cabe señalar que el 22 de julio de 2004 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó un auto acordado sobre asuntos contenciosos y no contenciosos, pero ese mismo año la Corte Suprema rechazó una solicitud donde se cuestionada la constitucionalidad de dicha normativa.⁹⁹

En segundo lugar, el control del Tribunal Constitucional sólo recae sobre los autos acordados, pero no sobre todas las normas emanadas de los tribunales superiores.

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional tampoco tiene competencia para conocer respecto otro tipo de la constitucionalidad de normas jurídicas dictadas por otros órganos autónomos pero pertenecientes al Estado, como los dictámenes de la Contraloría General de la República¹⁰⁰, las normas del Banco Central, las normas de la Superintendencia de Valores y Seguros y las instrucciones del Ministerio Público.

CAPÍTULO III: LEGITIMIDAD DE LA EXISTENCIA DE UN CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

Como se ha señalado, entre los autores chilenos, prácticamente no ha existido un debate serio sobre la justificación de la existencia de un control de constitucionalidad judicial. Por el contrario, en términos políticos parece existir un consenso sobre la necesidad y conveniencia de su existencia.

Sin embargo, a nivel de derecho comparado existe, desde hace años y hasta la actualidad, una ardua discusión que todavía no ha sido resuelta definitivamente. Al respecto, el principal punto de conflicto radica en resolver si, desde el punto de vista democrático, es saludable que un grupo de personas no elegidas –como serían el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema, o el órgano judicial equivalente- tenga

99 Véase NAVARRO, Enrique, La justicia constitucional chilena después de la Reforma del 2005 (notas sobre la inaplicabilidad de las leyes y el recurso de protección [en línea], Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p.332. <<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2557/20.pdf>>[consulta: 23 de julio de 2010]

¹⁰⁰ Al respecto, debe recordarse que la Contraloría General de la República es el órgano encargado de velar por la **legalidad** de los actos de la administración.

autoridad para decidir sobre la corrección de importantes medidas de políticas, a través del control de constitucionalidad de las normas.

Por lo anterior, a continuación se hará una breve referencia a algunas de las teorías y/o autores más importantes que se han hecho cargo, ya sea en forma afirmativa o bien negativa, de la pregunta anterior.

1. Teorías que justifican un control judicial de la constitucionalidad

Desde ya cabe hacer presente que por “control judicial” nos referimos tanto al ejercido por los Tribunales Constitucionales –independiente del nombre que se les dé y a que sean o no considerados como órganos autónomos independientes del Poder Judicial- como por la Corte Suprema –o su equivalente- en los casos en que tiene facultades para conocer y fallar sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas.

Como hemos adelantado, la principal crítica que se hace a la existencia de este control judicial de la constitucionalidad, es su falta de legitimidad democrática. Así, existiría legitimidad democrática cuando los funcionarios son elegidos a partir de un proceso democrático, y/o sus decisiones están sujetas a controles periódicos por parte de la ciudadanía, lo cual no ocurriría respecto de los órganos que ejercen un control judicial. Frente a esta crítica, han surgido diferentes teorías para intentar contrarrestar este déficit democrático, tal como se expondrá a continuación.

a. El control de las leyes como defensa de la voluntad popular

Ya cuando se creó la actual Constitución norteamericana, empezaron a surgir las críticas en relación a la posibilidad de que los jueces impugnaran la validez de las leyes, a través de las preguntas más obvias como el ¿cómo era posible que en un sociedad democrática termine imponiéndose la voluntad de los jueces –funcionarios

que no son elegidos directamente por los ciudadanos y cuyo mandato tampoco está estaba sujeto al periódico escrutinio popular- por sobre la voluntad de la ciudadanía?

Fue en ese entonces cuando Alexander Hamilton, a través de un trabajo conocido como “El Federalista” N°78, esgrimió la justificación históricamente más importante y más original en la defensa del control judicial, que negaba las posibles implicaciones anti-democráticas de dicho control.

La justificación era la siguiente: en primer lugar, la circunstancia de que los jueces pudieran negar la validez de una norma legal, no significaba de modo alguno que los jueces fueran superiores a los legisladores. Por otro lado, aquello tampoco implicaba cuestionar la “voluntad soberana del pueblo”. Por el contrario, para Hamilton la decisión de anular una ley lo que hacía era, precisamente, reafirmar el peso de la voluntad popular. Esto porque al dejar sin validez una ley, el poder judicial está ratificando la supremacía de la Constitución, que es aquella que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo. En palabras de Alexander HAMILTON,

“[mi razonamiento] no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se encuentra en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.”¹⁰¹

De este modo, Hamilton invertía indirectamente las eventuales críticas al poder judicial, argumentando que el verdadero peligro a la autoridad suprema del pueblo surgiría en cambio si se negaba a los jueces su capacidad de revisión, o bien si se autorizaba, implícitamente, la promulgación de leyes contrarias a la Constitución.

¹⁰¹ MADISON, James; HAMILTON, Alexander y JAY, John. El Federalista, México, Fondo de Cultura Económica, 1957; citado por GARGARELLA, Roberto, La dificultad de defender el control judicial de las leyes, [en línea] ISONOMÍA N.6, abril de 1997, p. 56, < http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_03.pdf >; [consulta: 15 de mayo de 2010]

b. El control judicial como consecuencia del principio de supremacía constitucional

Otra de las justificaciones se encuentra en una derivación de la teoría anterior, que entiende a la revisión judicial de la constitucionalidad como una consecuencia forzada del principio de la supremacía constitucional.

Esta tesis tiene dos versiones. La **primera** es la que siguió la Corte Suprema de los Estados Unidos en la sentencia *Marbury v. Madison* que, como ya se expuso, empieza constatando que la Constitución es la regla de mayor jerarquía en un sistema jurídico, y que las demás reglas pertenecen a éste en la medida que estén fundados en ella. En consecuencia, una regla inconstitucional no sería derecho, y por tanto el órgano llamado a aplicar el derecho –sin necesidad de una regla que lo autorice- está obligado a ignorar un precepto que es inconstitucional.¹⁰²

La **segunda versión** de este argumento consiste en que sólo puede decirse que la Constitución es realmente la norma suprema, si existen mecanismos para hacer efectiva esa superioridad. En otras palabras, la existencia de un Tribunal Constitucional -o el organismo judicial equivalente-, es imprescindible para proteger a una Constitución Política en los casos en que sea infringida, y así darle eficacia real tanto en lo que se refiere al ejercicio del poder por parte de los órganos del Estado, como en la protección de las garantías que asegura a todas las personas. En este contexto, GARCÍA DE ENTERRÍA señala que “una Constitución sin tribunal que la haga efectiva es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder”. En el mismo sentido, CALAMANDREI, sostiene que todas las

¹⁰² El profesor ATRIA, Fernando sostiene que esta tesis no procede en el ordenamiento jurídico chileno principalmente porque “del solo hecho de que los tribunales deban aplicar la ley y fallar conforme a derecho no se sigue que puedan declarar la inconstitucionalidad de un regla en particular.” Al respecto, afirma Atria que deben distinguirse dos cuestiones diferentes: “una es si una ley o una orden judicial están en armonía con la Constitución. Esto es típicamente un problema de interpretación constitucional”. Sin embargo, otra cosa muy distinta “es qué órgano debe tener competencia para decidir si ella lo es. Esta última es una cuestión de distribución del poder político, a la cual la primera no da respuesta.” Véase ATRIA, Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha, Estudios Públicos, 79: p. 362, 2000.

declaraciones constitucionales son fútiles, si no existen medios jurídico-procesales que aseguren su eficacia real.¹⁰³

En nuestro país, entre los autores que siguen esta corriente se encuentra el profesor Alejandro SILVA BASCUÑAN, quien ha señalado que “[d]ejar en el propio Congreso la misión de determinar la conformidad o el desacuerdo de una norma aprobada por él mismo con la ley fundamental equivale a no consagrar efectivamente la supremacía constitucional.”¹⁰⁴ En el mismo sentido, pero refiriéndose sólo a los derechos fundamentales, Humberto NOGUEIRA sostiene que “sólo cuando existe tal control [jurisdiccional] puede sostenerse la existencia de una protección a esos derechos.”¹⁰⁵

Sin embargo, han existido variadas objeciones a estas teorías. Siguiendo a Roberto GARGARELLA, las principales razones para contradecir la argumentación de Hamilton-Marshall a favor del control judicial, serían¹⁰⁶:

Primero, el llamado argumento **histórico** que niega el valor de la premisa inicial del razonamiento de Hamilton-Marshall sosteniendo que no es verdad que la Constitución refleje “la voluntad del pueblo”. En el caso particular de los Estados Unidos ello podría demostrarse con una simple investigación histórica, porque al momento de redactarse la Constitución buena parte del “pueblo” fue ignorado o excluido, como los esclavos, las mujeres y las personas de color. Algo similar, aunque en distintos grados, puede comprobarse en otros procesos constitucionales modernos, porque “normalmente, los convencionales constituyentes distan de representar adecuadamente a la ciudadanía¹⁰⁷, o parecen representarla en un primer momento pero luego se distancian

¹⁰³ Autores citados en la ponencia realizada por don Juan COLOMBO en la inauguración al seminario El rol del Tribunal Constitucional, op.cit.

¹⁰⁴ SILVA BASCUÑAN, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional. op.cit.p. 125.

¹⁰⁵ NOGUEIRA, Humberto. Dogmática Constitucional. Talca, Universidad de Talca, 1993, p. 197; citado por ATRIA, Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. op. cit. p.365.

¹⁰⁶ Véase GARGARELLA, Roberto, La dificultad de defender el control judicial de las leyes [en línea] ISONOMÍA N.6, abril de 1997, pp. 57 a 61, <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_03.pdf>; [consulta: 15 de mayo de 2010]

¹⁰⁷ Este es el mismo argumento histórico que algunos esgrimen en relación a la Constitución chilena de 1980.

de ella, o debaten otorgándole una consideración muy limitada a los reclamos mayoritarios.”¹⁰⁸ Sin embargo, para Gargarella este argumento no sería suficiente – porque se caería frente a un proceso constituyente donde participaran activamente todos los sectores relevantes de la comunidad-, por lo que recurre a razones adicionales para mostrar la falta de justificación del control judicial.

Segundo, el argumento **intertemporal** desarrollado particularmente por Bruce Ackerman en los Estados Unidos, que parte del supuesto que en el momento de creación constitucional, la sociedad se autoconvocó para reflexionar acerca del mejor modo de organizarse. Así, si se valora especialmente ese “primer” momento constitucional, es porque se valora el consenso popular, profundo y meditado que distinguió al mismo. Por tanto, “¿por qué no puede pensarse que, con el paso del tiempo, volvamos a encontrarnos con un consenso popular profundo y meditado?”.¹⁰⁹ El punto débil de esta crítica es que el hecho de admitir la posibilidad de que surjan nuevos consensos amplios y profundos no lleva, necesariamente, a descartar el valor del control judicial sino que, por el contrario, se ha argumentado que podría extenderse el control constitucional a estos nuevos acuerdos. Así, los jueces no sólo deberían declarar inválidas todas las leyes que fueran contrarias a la Constitución, sino también deberían atacar todas las normas que contradigan los acuerdos sociales más sustanciales surgidos con posterioridad a la Constitución.

Tercero, y el más demoledor contra el control judicial de las leyes según Gargarella, es el argumento sobre la **interpretación**, que acepta la peculiaridad de los momentos constitucionales y la necesidad de que los jueces respeten los acuerdos existentes, anulando las leyes que los contradigan. Esta teoría sostiene que el problema se encuentra en que la interpretación de la Constitución no es una tarea automática, ya

¹⁰⁸ Véase GARGARELLA, Roberto, La dificultad de defender el control judicial de las leyes [en línea] ISONOMÍA N.6, abril de 1997, p.57, <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_03.pdf>; [consulta: 15 de mayo de 2010]

¹⁰⁹ GARGARELLA, Roberto, La dificultad de defender el control judicial de las leyes [en línea] ISONOMÍA N.6, abril de 1997, p.58, <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_03.pdf>; [consulta: 15 de mayo de 2010].

que “los jueces hacen mucho más que llevar adelante una ‘mera lectura’ de la Constitución. En efecto, en algunos casos, los jueces ‘incorporan’ al texto soluciones normativas que no estaban –al menos, explícitamente- incorporadas en el mismo.”¹¹⁰

Así, no puede decirse que “los jueces ‘simplemente’ nos señalan lo que no habíamos visto, esto es, la voluntad de quienes redactaron la Constitución. Esa voluntad no estaba explicitada en el texto, y los jueces, entonces, asumen la tarea que decían no estar asumiendo: la de reemplazar a los legisladores –a la voluntad ciudadana, en general- en la resolución de cuestiones fundamentales.”¹¹¹

También podría ocurrir que la constitución haga clara referencia a una determinada solución normativa pero que, frente a un caso concreto, no se sepa qué interpretación exacta otorgarle. En consecuencia, “si es que los jueces quedan legitimados para dar –con carácter final- la interpretación ‘adecuada’ de los textos constitucionales, entonces, imperceptiblemente pasan a concentrar en sus manos un enorme poder de decisión.”¹¹² Así, precisamente lo que el argumento de la interpretación crítica es que este poder extraordinario de interpretar la Constitución queda concedido a órganos que no son elegidos por la ciudadanía.

c. El control judicial de las leyes como protección de los derechos de las minorías

¹¹⁰ GARGARELLA, Roberto, La dificultad de defender el control judicial de las leyes, [en línea] ISONOMÍA N.6, abril de 1997, p.59, <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_03.pdf>; [consulta: 15 de mayo de 2010].

¹¹¹ GARGARELLA, Roberto, La dificultad de defender el control judicial de las leyes [en línea] ISONOMÍA N.6, abril de 1997, p.60, <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_03.pdf>; [consulta: 15 de mayo de 2010]

¹¹² GARGARELLA, Roberto, La dificultad de defender el control judicial de las leyes [en línea] ISONOMÍA N.6, abril de 1997, p.60, <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_03.pdf>; [consulta: 15 de mayo de 2010].

Por su parte, existen otros autores que fundamentan la necesidad de un control judicial de las leyes, aduciendo a que no es suficiente que la democracia entregue las decisiones políticas más relevantes al pueblo (mayoría), sino que es necesario además establecer procedimientos para resguardar los derechos de las minorías. En otras palabras, el argumento es que la democracia exige que se les reconozca poder a los jueces para declarar contrarias a la Constitución a las leyes y a otros actos normativos de los poderes del Estados que atenten cpntra las minorías, puesto que la mayoría puede abusar de su poder democrático y someter a la minoría..

Por esta razón las Constituciones, por un lado, suelen establecer ciertos derechos con la finalidad de poner límites a las ambiciones de la mayoría, y por otro, organizan al poder judicial para asegurar el respeto de tales derechos. Así el poder judicial, precisamente por su carácter imparcial e independiente, ayuda al objetivo de proteger a las minorías, porque si los jueces dependieran, para llegar o para mantenerse en sus cargos, de las simpatías de las mayorías, las minorías estarían fuertemente amenazadas.

Esta argumentación se ve reforzada en algunos autores como NOGUEIRA y CUMPLIDO, por la idea de que la democracia está unida a la del Estado de Derecho, lo cual implica la existencia de una separación de poderes, el imperio de la ley y el "principio de la supremacía de la Constitución y la jurisdicción constitucional."¹¹³

A nivel comparado y en una argumentación muy similar, otros autores como Pedro Cruz VILLALÓN -en su trabajo "*Legitimidade de Justiça Constitucional e Princípio da Maioria*" presentada en el Coloquio del Décimo Aniversario del Tribunal Constitucional de Portugal- han esgrimido una triple legitimidad de los tribunales constitucionales: la primera, objetiva; una de origen y, finalmente, otra de ejercicio. Así, ha argumentado el mencionado autor:

"La legitimidad de los Tribunales Constitucionales es, ante todo, pura y simplemente la legitimidad de la propia Constitución. La segunda, es

¹¹³ NOGUEIRA, Humberto. y CUMPLIDO, Francisco. Derecho Público, Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, 1993, p.250; citado por ATRIA, Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. op. cit. p.358.

la legitimidad de la minoría frente a la de la mayoría, en cuanto la defensa de los derechos fundamentales que se garantiza a todos los ciudadanos con independencia de la voluntad mayoritaria.

Finalmente, la Justicia Constitucional posee la legitimidad de la neutralidad y de la independencia, atributos con que cuentan los Tribunales Constitucionales”¹¹⁴ [énfasis agregado]

Se le critica a esta argumentación que no da una razón para fundamentar su afirmación de que un órgano no-mayoritario va a garantizar mejor que un órgano mayoritario la defensa de las minorías.¹¹⁵

d. Teoría del coto vedado de la democracia

A nivel comparado, otra de las defensas que ha surgido es la así llamada “teoría del coto vedado de la democracia”, defendida por Ernesto Garzón Valdés.

Según esta teoría, el concepto de "coto vedado" permitiría resguardar los derechos fundamentales no negociables, como condición necesaria de la democracia representativa. Así sólo fuera del "coto vedado" cabría el disenso, la negociación y la tolerancia. En palabras de GARZÓN VALDÉS:

“Quien pretenda abrir la puerta del "coto vedado" y transformar derechos fundamentales en objeto de disenso y negociación elimina la posibilidad de que la democracia pueda satisfacer la pauta de corrección moral que de ella se espera. El disidente no puede pues abrir todas las puertas. En una democracia representativa que acepte el núcleo inviolable del "coto vedado", es decir, la vigencia del "principio de la mayoría" y no el "dominio de la mayoría" como diría

¹¹⁴ Véase ponencia realizada por don Juan COLOMBO en la inauguración al seminario El rol del Tribunal Constitucional. op.cit.

¹¹⁵ Para mayor información respecto de esta teoría y sus críticas, véase GARGARELLA, Roberto, La dificultad de defender el control judicial de las leyes [en línea] ISONOMÍA N.6, abril de 1997, pp. 63 a 65, http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_03.pdf; [consulta: 15 de mayo de 2010].

Hans Kelsen¹¹⁶ la disidencia vale sólo en el ámbito de lo negociable.”
117

En otras palabras, la fundamentación de esta teoría reside en que la regla de la mayoría debe tener límites sustantivos que nadie podría sobrepasar, los que están dados por “todos aquellos bienes que son considerados como básicos para la realización de todo plan de vida”.¹¹⁸ De esta manera, si bien para Garzón Valdés rige el principio de respetar los derechos de la mayoría, existe también una cláusula cautelar que debe ser cumplida y que señala: “[D]eberán satisfacerse los deseos secundarios de los representados siempre que, sobre la base de la información de que dispone el representante, su satisfacción no implique el sacrificio de algún bien básico o la frustración de deseos secundarios que los propios representados valoran más que el deseo secundario de cuya satisfacción se trata”.¹¹⁹

Por tanto, cuando una mayoría política sobrepasa estos derechos básicos, su decisión se vuelve ilegítima.

Sin embargo, se ha estimado que ésta tampoco es una teoría muy fuerte, porque sostenerla obligaría a suponer que el fundamento de los derechos básicos de las personas (que constituiría el coto vedado de la democracia), es independiente a la propia democracia y radica entonces en la naturaleza humana o en la racionalidad. Sin embargo, si la democracia es el intento de hacer convivir pacífica a varios puntos de vista acerca de la naturaleza humana o de la racionalidad, no puede entenderse como puede ser limitada haciendo hincapié en sólo uno de esos puntos de vista. Así, se

¹¹⁶ Hans Kelsen, *Das Problem des Parlamentarismus*, Viena/Leipzig: Braummüller 1925; citado por GARZÓN VALDES, Ernesto, *El consenso democrático: Fundamento y límites del papel de las minorías* [en línea], en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. núm. 0, <<http://www.uv.es/CEFD/0/Garzon.html>> [consulta: 9 de julio de 2010].

¹¹⁷ GARZÓN VALDES, Ernesto, *El consenso democrático: Fundamento y límites del papel de las minorías* [en línea], en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. núm. 0, <<http://www.uv.es/CEFD/0/Garzon.html>> [consulta: 9 de julio de 2010].

¹¹⁸ GARZÓN VALDES, Ernesto, *El consenso democrático: Fundamento y límites del papel de las minorías* [en línea], en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. núm. 0, <<http://www.uv.es/CEFD/0/Garzon.html>> [consulta: 9 de julio de 2010].

¹¹⁹ GARZÓN VALDES, Ernesto, *El consenso democrático: Fundamento y límites del papel de las minorías* [en línea], en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. núm. 0, <<http://www.uv.es/CEFD/0/Garzon.html>> [consulta: 9 de julio de 2010].

crítica que no es posible establecer límites sustantivos a la democracia porque si quiere escapar a la objeción que formuló, necesariamente tales límites deben ajustarse a reglas procedimentales como la reglas de la mayoría u otra. Finalmente algunos autores critican que la teoría del coto vedado es inconsistente con la propia visión del derecho: si los seres humanos nos reconocemos mutuamente la titularidad de derechos fundamentales, es porque sabemos que tenemos autonomía moral y la capacidad de tomar nuestras propias decisiones, lo que es justamente lo que la teoría del coto vedado niega.¹²⁰

e. La teoría de “Ulises”

Así las cosas, las críticas a las justificaciones al control judicial de la constitucionalidad ya descritas han llevado al desarrollo de nuevas argumentaciones, como la teoría de Ulises defendida por Elster y Ackerman. Jon ELSTER sostiene que el pueblo, al igual que Ulises, tiene una racionalidad imperfecta, es decir, sabe lo que es correcto y bueno para él, pero al mismo tiempo sufre de “flaqueza de voluntad”, corriendo el riesgo de ceder frente a las tentaciones de la política cotidiana o la intolerancia. Sin embargo, los seres racionales son concientes de esta situación y ofrecen una solución al problema, atando su voluntad a los –así llamados- “compromisos previos”. De esta forma, señala Rusbel Martínez explicando esta teoría,

“[u]n agente racional puede, a sabiendas que su voluntad va a flaquear, apelar a atarse a sí mismo tal como lo hizo Ulises para evitar sucumbir al canto de las sirenas. De esta manera podrá vencer la flaqueza de voluntad y obtener lo que se ha propuesto. Elster puntualizó que el ser débil de voluntad y saberlo señala la necesidad de una teoría de racionalidad imperfecta. La tesis general se resume en el siguiente fragmento de Ulises y las sirenas: ‘Atarse a sí mismo es un modo privilegiado de resolver el problema de la flaqueza de voluntad; la principal técnica para lograr la racionalidad por medios indirectos.’¹²¹”

¹²⁰ Véase PEÑA, Carlos, Ideas sobre la legitimidad de la existencia y el rol del TC en Chile, ponencia en Universidad Diego Portales, 16 de mayo de 2008.

¹²¹ ELSTER, Jon, Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad. Fondo de Cultura Económica, México, 1989, p. 67; citado por MARTÍNEZ R., Rusbel, “El puesto de la racionalidad en las ciencias sociales desde la perspectiva de Jon Elster”, [en línea], A Parte Re. Revista de Filosofía [s.f], <<http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/elster31.pdf>> [consulta: 12 de julio de 2010].

Por lo anterior, la existencia de un órgano como el Tribunal Constitucional es la manera que tiene la mayoría para limitarse a sí misma cuando se escuchan los cantos de sirena de la intolerancia o autoritarismo. De este modo el pueblo, aunque quiera, no podrá obedecer esos cantos de sirena.

Una variante de la teoría Ulises es la que ha elaborado Bruce ACKERMAN que ya brevemente se ha esbozado. Ackerman distingue dos tipos de momento en la historia política de un país: **(a)** momentos largos o constitucionales en los cuales existe estricta igualdad y amplia participación popular, pues la sociedad se autoconvoca y reflexiona acerca del mejor modo de organizarse, logrando un consenso popular profundo y meditado. Por su parte, **(b)** también existen los momentos cortos que son meramente gubernamentales u ordinarios, en los cuales los gobernantes actúan en ejecución de un mandato popular, sin que sus decisiones puedan trasgredir las acordadas en los momentos constitucionales. Por lo mismo, Ackerman reconoce que no pueden evaluarse como equivalentes una Constitución surgida de una deliberación pública reposada, y una ley surgida entre medio de presiones circunstanciales, admitiéndose así el principio de supremacía constitucional.

Así las cosas, la función de un control constitucional es justamente mantener diferenciados ambos estados en la práctica. De este modo, cuando el Tribunal Constitucional esgrime una regla constitucional para bloquear la voluntad de la mayoría, no estaría lesionando la voluntad del pueblo sino que, por el contrario, está protegiendo la voluntad acordada en los momentos constitucionales de la mayoría transitoria que aparece en la política ordinaria. Existiría entonces la política constitucional y la ordinaria, siendo la primera superior a la segunda, y la función del Tribunal Constitucional sería protegerla.¹²²

f. El Tribunal Constitucional como necesario colaborador del Poder Legislativo

¹²² Véase PEÑA, Carlos, Ideas sobre la legitimidad de la existencia y el rol del TC en Chile. op. cit.

Anteriormente, una parte de la doctrina defendía la existencia de un Tribunal Constitucional, asignándole una facultad tutelar del poder legislador en calidad de 'Poder Neutro' o de 'Tercera Cámara', esto es, de un "poder moderador y controlador de los demás poderes y funciones, pero carente de un poder activo, el cual está depositado en las funciones ejecutiva, legislativa y judicial."¹²³ Siguiendo esta tendencia, Teodoro RIBERA define al Tribunal Constitucional como el "guardián de la Constitución" y la "culminación del Estado de Derecho", y explica que "como cúspide del 'poder neutro' de la Constitución de 1980 le compete fiscalizar a las funciones activas e impedir que éstas transgredan con su actuar los marcos constitucionales que se les han establecido."¹²⁴

Sin embargo, para ciertos autores como Patricio Zapata, tales concepciones "presentan el severo inconveniente de colocar al Tribunal Constitucional en curso de colisión ineludible con los órganos de representación popular (...) [pues se basan en] una desconfianza profunda y apriorística respecto al compromiso de las mayorías políticas con el Estado de Derecho."¹²⁵

Por lo anterior, otra parte de la doctrina prefiere fundamentar la existencia de un control constitucional de las leyes en "la necesidad profunda de una colaboración entre el Tribunal Constitucional y legislador"¹²⁶ ya que, pese a las diferencias entre interpretación legislativa y judicial, ambas poseen fuerza normativa y tienden a la aplicación de la Constitución. Por lo anterior, en palabras de Raúl CANOSA, "[e]n un sistema equilibrado las relaciones entre los poderes constitucionales se regirán por la máxima de la colaboración y no del enfrentamiento; éste, así como la suplantación de

¹²³ RIBERA, Teodoro. Función y Composición del Tribunal Constitucional de 1980. En: SEMINARIO Función del Tribunal Constitucional de 1980. Santiago, Centro de Estudios Públicos, 19 de noviembre de 1986 p. 90.

¹²⁴ RIBERA, Teodoro. Función y Composición del Tribunal Constitucional de 1980 op. cit. p.111.

¹²⁵ ZAPATA LARRAÍN, Patricio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. op.cit. nota al pie 10, p.11.

¹²⁶ CANOSA, Raúl. Interpretación Constitucional y Fórmula Política. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 1988, pp.26-27; citado por ZAPATA LARRAÍN, Patricio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. op.cit. p.11.

uno por el otro, constituyen serias patologías que no contribuyen, en absoluto, en la racionalización del proceso de desarrollo constitucional.”¹²⁷

En el mismo sentido, en Chile Patricio ZAPATA tiene “la convicción de que tanto el Tribunal Constitucional como el Legislativo y el Ejecutivo, más allá de la especificidad de sus tareas propias y exclusivas, tienen el deber constitucional de cooperar entre sí en la consecución de una misma finalidad: promover el Bien Común”. Por lo anterior, concluye “que la vigencia de la supremacía constitucional constituye un resultado que interesa no sólo a contralores, sino que también a legisladores y administradores.”¹²⁸

Más específicamente, Zapata sostiene que el Tribunal Constitucional chileno ha hecho muy valiosas contribuciones en áreas fundamentales del Derecho Público. “¿Quién podría desconocer el valor, por ejemplo, de la interpretación finalista de la Carta Fundamental? ¿Cómo desdeñar la utilidad de las técnicas sutiles a través de las cuales el TCCh [Tribunal Constitucional Chileno] busca asegurar la supremacía constitucional sin tener que declarar la inconstitucionalidad? En fin, ¿Cuándo será el día en que se reconocerá debidamente el papel trascendental que jugó la jurisprudencia valiente de 1985 y 1988 en el retorno pacífico a la democracia?”¹²⁹

g. La crisis de los órganos políticos

Otra parte de las defensas esgrimidas frente a la crítica de falta de legitimidad democrática del Tribunal Constitucional, se refiere a la crisis que están sufriendo actualmente los órganos políticos –poder legislativo y ejecutivo- los cuales ya no representarían adecuadamente la voluntad de la ciudadanía, sino que responderían a las presiones de determinados grupos de poder y el auto interés de los políticos. Así, la intervención judicial remediaría la falta de imparcialidad en las decisiones legislativas. Estos argumentos suelen acompañarse por otros que defienden la

¹²⁷ CANOSA, Raúl. Interpretación Constitucional y Fórmula Política. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 1988, pp.26-27; citado por ZAPATA LARRAÍN, Patricio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. op.cit. p.11.

¹²⁸ ZAPATA LARRAÍN, Patricio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. op.cit. p.11.

¹²⁹ ZAPATA LARRAÍN, Patricio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. op.cit. p.159.

legitimidad de los jueces, sosteniendo que el 'déficit democrático' que los afecta no es tan grave. En primer lugar, porque no son electos de un modo antidemocrático sino que de acuerdo a lo que establece la Constitución. Además, en el caso de ciertos Tribunales Constitucionales –o sus equivalentes- se argumenta que el hecho de que intervengan todos los poderes del Estado en la designación de sus miembros, lo convierte en un órgano suficientemente representativo de la voluntad popular.

En España, por ejemplo, si bien los doce miembros son nombrados por el rey: a) cuatro lo son a propuesta del Congreso; b) cuatro a propuesta del Senado; c) dos a propuesta del Gobierno y d) dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. Por su parte, en Francia son nueve integrantes, de los cuales (a) tres son nombrados por el Presidente de la República, (b) tres por el Senado y (c) tres por la Asamblea Nacional.¹³⁰

En Alemania, como se ha visto, la Corte Constitucional Federal está formada por un total de 16 miembros, los cuales son elegidos por mitades por el Bundestag o Dieta Federal, que es el órgano federal supremo de carácter legislativo y por el Bundesrat o Consejo Federal, que es el órgano de representación de los dieciséis Estados Federados de Alemania. Asimismo, con motivo de lograr una mayor imparcialidad, se establece que los miembros de la Corte no podrán pertenecer ni al Bundestag ni al Bundesrat ni al Gobierno Federal ni a los órganos correspondientes de un Land.

Finalmente, en el caso chileno como se ha visto, el Tribunal Constitucional está integrado por 10 jueces, en cuyo nombramiento intervienen los tres poderes del Estado, correspondiendo elegir a la mayoría (cuatro) al poder legislativo y tres a cada uno de los dos poderes restantes.

En segundo lugar, se argumenta que las funciones de los jueces los contactan directamente con el ciudadano común por lo que están habitualmente en relación con los reclamos reales de los ciudadanos.

¹³⁰ Véase al respecto NAVARRO BELTRÁN, Enrique. El Tribunal Constitucional y las Reformas Constitucionales de 2005. op.cit p.15.

A esta defensa se le critica, entre otras cosas, que las decisiones de los jueces también pueden ser motivadas por su propio autointerés y que, por regla general, también se encuentran sujetos a presiones de ámbito extrajudicial. Por otro lado, la 'cercanía' entre los jueces no es suficiente para remediar su déficit democrático.¹³¹

En Chile, esta teoría ha sido defendida, entre otros, por don Juan COLOMBO, quien ha sostenido que:

“Partiendo del supuesto que los tribunales están compuestos por jueces y éstos deben ser designados por alguien, las Constituciones han buscado los mecanismos más eficientes, y democráticos, para hacer los nombramientos. La carta chilena establece 10 jueces, nombrados por los tres poderes del Estado, correspondiendo 4 al legislativo y tres a cada uno de los dos poderes restantes. Dichos jueces son inamovibles, no pueden ser reelectos y además su cargo tiene incompatibilidad total con actividades profesionales, norma que confirma y garantiza su independencia”.¹³²

h. Defensa de la revisión judicial por parte del juez Stephan Breyer

Finalmente, a nivel comparado, uno de las defensas más relevantes frente a las críticas a la falta de legitimidad de una revisión judicial de la constitucionalidad (*judicial review*), es la del juez de la Corte Suprema Norteamericana Stephen BREYER en la Conferencia que dictó en memoria de L.A.Hart en Oxford el año 1998, y que denominó "Revisión Judicial: la perspectiva de un juez". En dicha conferencia, Breyer reconoce que efectivamente la revisión judicial de constitucionalidad en un sistema democrático constituye una "anomalía". Sin embargo, agrega que ella no es demasiado grave por cuanto, dado que las decisiones judiciales en los casos constitucionales difíciles no se

¹³¹ Una descripción más extensa de esta teoría y de sus críticas puede verse en GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. pp.61 a 63 [en línea] ISONOMÍA N.6, abril de 1997, <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_03.pdf>; [consulta: 15 de mayo de 2010]

¹³² COLOMBO, Juan, Inauguración Seminario. op. cit.

basan solamente en sus preferencias personales actuales, ellas no son “subjetivas” ni “ideológicas”.

Para ello, en primer lugar Breyer acota el ámbito de la “anomalía democrática” y, posteriormente, intenta demostrar que las decisiones judiciales no son subjetivas y que son administrativamente viables, con lo cual pretende hacer aceptable la revisión judicial.

En la interpretación del profesor Fernando Atria –el cual critica esta posición, como se expondrá más adelante-, para Breyer la característica de “subjetiva” de una decisión judicial se limita a que se trate de “decisiones fundadas en preferencias explícitamente personales, es decir preferencias a favor de las cuales el agente sólo puede indicar su predilección (en estos términos las preferencias explícitamente personales son fáciles de reconocer porque la respuesta del agente a la pregunta ‘¿por qué x?’ es ‘porque x me gusta’).”¹³³

Así las cosas, Breyer sostiene que como las decisiones judiciales están obligadas a sujetarse al lenguaje usado en la Constitución, a la práctica precedente, a las decisiones previas y a las “huellas” dejadas por las decisiones previas de los mismos jueces (por ejemplo, los requerimientos de consistencia personal a través del tiempo), resulta “difícil caracterizar la conclusión resultante como particularmente ‘política’ o ‘ideológica’ o, incluso, altamente ‘subjetiva’, en el sentido en que estos términos son normalmente usados.”¹³⁴ En otras palabras, como para el mencionado autor una decisión subjetiva es aquella que consiste en fundamentar “elegí x porque x es el que más me gusta”, y como las razones en las cuales los jueces fundamentan sus decisiones no son de ese tipo, concluye que las decisiones de los jueces no son “subjetivas”, y por tanto considera aceptable que exista una revisión judicial de constitucionalidad en un sistema democrático.

¹³³ ATRIA, Fernando, El síndrome de la víctima insatisfecha, op. cit. p. 352.

¹³⁴ BREYER, Stephen, Revisión Judicial: La Perspectiva de un Juez. Estudios Públicos, 1999, p. 62; citado por ATRIA, Fernando, El síndrome de la víctima insatisfecha. op. cit pp. 352-3523.

Sin embargo, esta posición ha sido ampliamente criticada por el profesor chileno Fernando ATRIA tal como se verá más adelante.

2. Teoría intermedia: Crítica a que todo el control de constitucionalidad recaiga en el Tribunal Constitucional chileno

En la doctrina nacional, la mayoría de las críticas al Tribunal Constitucional no dicen relación con su existencia sino con las características de sus funciones. En este sentido, si bien muchos han defendido las nuevas facultades que la Ley 20.050 concedió al Tribunal Constitucional, hay otros que las han criticado duramente.

Así por ejemplo, los autores Alejandro SILVA BASCUÑÁN y María Pía SILVA GALLINATO critican que el recurso de inaplicabilidad concedido al Tribunal Constitucional tras la reforma, altera su forma de actuar porque éste ya no se limita a resolver a nivel de principios, sino que conoce y resuelve asuntos en los que se juegan intereses particulares en un caso determinado y preciso, lo que implica ejercer una función que es más propia de un órgano como la Corte Suprema.¹³⁵

De esta forma, concluyen los mencionados autores, “al dejar de resolver en el puro terreno de los principios, el Tribunal se expone a sufrir la presión de las partes intervinientes de la gestión con motivo de la cual se entabla el requerimiento.”¹³⁶

¹³⁵ En el mismo sentido, también expresó su molestia el informe que envió la Corte Suprema a la Comisión de Constitución del Senado, señalando que la inaplicabilidad busca “la solución de un caso concreto de una posible inconstitucionalidad puntual surgida en el transcurso de un trámite judicial y no de un control en abstracto y de consecuencias generales de la constitucionalidad”, como es la labor que le competía y le compete más propiamente a un Tribunal Constitucional; citado por SILVA BASCUÑÁN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María Pía, Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional [en línea]. En: XXXVI JORNADAS CHILENAS DE DERECHO PÚBLICO: Reformas Constitucionales 2005, Un año después: 30 de noviembre y 1° de diciembre de 2006. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p.14. <http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/silva_bascunan.pdf>; [consulta: 15 de abril de 2010].

¹³⁶ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María Pía, Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional [en línea]. En: XXXVI JORNADAS CHILENAS DE DERECHO PÚBLICO: Reformas Constitucionales 2005, Un año después: 30 de noviembre y 1° de diciembre de 2006. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p.15.

Consecuencialmente esta reforma priva a la Corte Suprema de su facultad más importante, que es conservar los derechos constitucionales que se le reconocen a cada persona. Como explican los citados autores:

“Dicha atribución, que centra la razón de ser y es el máximo servicio que presta a la colectividad como cabeza del Poder Judicial, se ve mermada, porque prácticamente ahora pierde la soberanía que ella gozaba de establecer la existencia y los contornos de la situación de hecho para dar primacía a la Carta en la defensa de los derechos que se hagan valer ante ella. (...)

La debilidad de la postura en que ahora queda la Corte Suprema le ha llevado a abdicar de una facultad propia de todo tribunal de justicia, cual es imponer el principio de la jerarquía normativa en la resolución de un asunto sometido a su conocimiento, en cuanto no puede, en un caso sometido a su conocimiento, hacer primar la Constitución por sobre una ley que se le oponga.”¹³⁷

Por su parte, también nuestra Corte Suprema en el informe que envió a la Comisión de Constitución del Senado, expresó su:

“preocupación por el efecto que las modificaciones que se proponen podrían producir en el necesario y delicado equilibrio que el constituyente sabiamente había mantenido entre los tres poderes tradicionales del Estado, desde los inicios de nuestra vida como Nación independiente. Tal equilibrio supone necesariamente la existencia de efectivos contrapesos y controles recíprocos entre los Poderes, situación que se ha ido deteriorando paulatinamente respecto del Poder Judicial. Esta tendencia se agudizaría al restársele a la Corte Suprema el conocimiento del recurso de inaplicabilidad, sin que la pérdida de ese control relativo a la constitucionalidad de las leyes para un caso particular en tramitación ante los tribunales sea compensada con otras facultades de fiscalización que se le confieran al Poder Judicial.”¹³⁸

<http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/silva_bascunan.pdf>; [consulta: 15 de abril de 2010]

¹³⁷ En cambio, el art. 80 de la CPol de 1980 había fortalecido a la Corte Suprema en su misión conservadora de los derechos, ya que si en el conocimiento de un determinado asunto, y sin necesidad de que se hubiese deducido recurso, llegaba a la conclusión de que la aplicación de la ley violaba la Carta, podía declarar de oficio la inaplicabilidad.

¹³⁸ Informe de la Corte Suprema a la Comisión de Constitución del Senado, citado por SILVA BASCUÑÁN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María Pía, Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional op. cit. pp. 15 y ss.

3. Teorías que niegan legitimidad al control judicial de la constitucionalidad

A diferencia de la pobre discusión en el derecho chileno, en el derecho comparado, como se adelantó, ha existido una ardua discusión respecto a la legitimidad misma de un control judicial de constitucionalidad.

a. El carácter contramayoritario del poder judicial

Como ya hemos visto, la principal objeción a la justicia constitucional es la “dificultad contramayoritaria”, como la llamó Alexander BICKEL en 1962. El control judicial de la constitucionalidad dentro de un régimen democrático, cuenta con dificultades básicas: **primero**, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, el nombramiento de los jueces está reservada a la discrecionalidad de los otros poderes; **segundo**, la larga duración de los cargos judiciales no se condice con los ideales democráticos; y **tercero**, como controlador de los actos de los demás poderes del Estado de conformidad a la Constitución, el órgano que ejerce tal control se trasforma en un contrapeso excesivo y no controlable por los otros poderes que sí representan la voluntad popular. En consecuencia, la función de los jueces no garantiza el proceso democrático porque, no representando al pueblo y siendo, en principio, inamovibles de su cargo, no podrían decidirse a favor de los intereses de aquél.

Surgen entonces las preguntas: ¿por qué ha de concederse a un puñado de funcionarios no electos, el poder de bloquear las decisiones de la mayoría que se expresa en la ley? ¿No es inconsistente dar el gobierno a la mayoría y al mismo tiempo dotar a un grupo de personas con la capacidad de controlar las decisiones? ¿Es un gobierno por el pueblo o el gobierno del pueblo controlado por unos pocos? ¿Manda el pueblo al pueblo o los juristas al pueblo?¹³⁹

¹³⁹ Véase Carlos, PEÑA. Ideas sobre la legitimidad de la existencia y el rol del TC en Chile op. cit..

En consecuencia, para Bickel la revisión judicial de la constitucionalidad supone el poder de aplicar y dar forma a la Constitución en las cuestiones de la mayor importancia, contra los deseos de las mayorías legislativas. En este sentido, critica los argumentos dados por Alexander Hamilton y por el juez Marshall señalando que son engañosos, ya que invocan al pueblo para justificar la revisión judicial cuando, en realidad, lo que estaban haciendo era frustrar “la voluntad de aquellos que efectivamente representan al pueblo.” Los jueces, agrega, “ejercen un control que no favorece a la mayoría prevaeciente sino que va contra ella. Esto... es lo que realmente ocurre... esta es la razón por la que se puede acusar al poder de revisión judicial de ser antidemocrático.”¹⁴⁰

Así, a partir del problema contramayoritario planteado por Bickel, algunos autores han preguntado que si alguno de los poderes del Estado debe encargarse de interpretar la voluntad popular, lo mejor es que se confíe dicha tarea a los propios órganos de representación popular.¹⁴¹

b. Críticas a la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional

En Chile, el profesor Carlos PEÑA, si bien reconoce el problema de la objeción contramayoritaria y critica las principales argumentaciones que se han dado para intentar superarlas, termina por concluir que ése no es el principal problema y que es posible aceptar que existan razones suficientes para justificar la existencia de un Tribunal Constitucional como el chileno.

¹⁴⁰ BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, Bobbs-Merrill Educational Publishing, Indianápolis, 1978, p. 17; citado por GARGARELLA, Roberto, *La dificultad de defender el control judicial de las leyes* [en línea] ISONOMÍA N.6, abril de 1997, nota al pie 6, pp. 60-1, <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_03.pdf>; [consulta: 15 de mayo de 2010].

¹⁴¹ Véase por ejemplo AGRESTO, John, *The Supreme court and Constitutional Democracy*, Cornell University Press, p. 52, citado por GARGARELLA, Roberto, *La dificultad de defender el control judicial de las leyes* [en línea] ISONOMÍA N.6, abril de 1997, p. 61, <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_03.pdf>; [consulta: 15 de mayo de 2010].

El mencionado autor agrega que se distinguen tres etapas en relación a la función de las normas constitucionales y los derechos fundamentales: (i) la asociada con el *judicial review* norteamericano que busca sólo asegurar la superioridad jerárquica de la Constitución; (ii) la identificada con la *Drittwirkung* alemana que implica concebir las normas constitucionales como fuentes genuinas de derechos para los particulares y directamente vinculantes para los poderes públicos; y (iii) “la eficacia procesal directa”, es decir, en que los particulares, sólo esgrimiendo la Constitución, pueden solicitar una tutela judicial efectiva.¹⁴² Agrega a continuación que en nuestro país estamos en una etapa de “eficacia procesal directa”, porque “se admite que los particulares, esgrimiendo la Constitución, y nada más que la Constitución, puedan solicitar una tutela judicial efectiva.”¹⁴³ Así por ejemplo, al invocar el derecho de propiedad por medio del recurso de protección, se está invocando al mismo tiempo todo el sistema de garantías. En otras palabras, las exigencias de que se respete el derecho de dominio en ese caso concreto no pueden ser especificadas sin establecerse al mismo tiempo cómo afecta a ese derecho la existencia paralela de todas las otras garantías constitucionales.

Así las cosas, en la aplicación de la Constitución, según Peña, el desafío consiste no en sacrificar la libertad para lograr una supuesta igualdad, sino “en transitar desde la libertad hacia grados crecientes de igualdad, desde el respeto pleno de los derechos civiles y políticos hacia el logro, pleno, también, del igualitario goce de los derechos económicos, sociales y culturales”¹⁴⁴, lo cual supone la consolidación de un conjunto de mecanismos institucionales, entre los cuales están el perfeccionamiento de la democracia, la eficacia directa de la constitución y el mejoramiento del sistema de administración de justicia.

¹⁴² Véase PEÑA, Carlos. *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*. Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, (sin fecha); citado por ATRIA, Fernando. *Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha*. op. cit. pp.387-388.

¹⁴³ PEÑA, Carlos, *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*. op.cit. p.154.

¹⁴⁴ PEÑA, Carlos, *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*. op.cit. p.189.

De este modo, para el mencionado autor el control judicial de la constitucionalidad podría justificarse por el hecho de que la regla de las mayorías “arriesga permanentemente el peligro de violentar la igual consideración y respeto que son debidos para todas las personas y en especial a las minorías.”¹⁴⁵ Por esta razón, “un sistema político democrático, cuyos miembros estén dotados de acciones que hacer valer no sólo ante el Estado sino que en contra de él y un ordenamiento jurídico provisto de un sistema de protección de derechos imparcial y accesible, es hacia lo que debemos tender para asegurar debidamente los derechos de las personas y evitar que esos derechos se transformen en una promesa incumplida que deslegitime al sistema político.”

Sin embargo, sí existe un problema grave para Peña que es el hecho que, pese a que en Chile existe “una práctica constitucional procesalmente avanzada”, al mismo tiempo ésta es “argumentativamente arcaica”¹⁴⁶. Por tanto, para PEÑA la discusión relevante –y el centro de su crítica- es qué es lo que hace el Tribunal Constitucional chileno cuando ejecuta sus funciones, si se limita a intelegir o dilucidar la voluntad que subyace en la Constitución, o si en cambio se ve obligado a decidir y a optar entre dos interpretaciones igualmente posibles. En este último caso, lo que en verdad está haciendo el tribunal, en vez de simplemente interpretar la Constitución dilucidando la voluntad del pueblo, es sustituir dicha voluntad. En consecuencia, siguiendo el argumento sobre interpretación ya descrito, concluye que ya no sería la voluntad constitucional sino la voluntad de la mayoría de los jueces la que justificaría la decisión.¹⁴⁷

Ahora bien, agrega el autor que como no hay manera de saber si el tribunal simplemente intelegió o si bien adoptó su propia voluntad, serán las razones que el

¹⁴⁵ PEÑA, Carlos, *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*. op.cit. p.191.

¹⁴⁶ PEÑA, Carlos, *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*. op.cit. p.155.

¹⁴⁷ Agrega el profesor PEÑA que este problema ya aparece en el Ensayo N° 78 de los papeles constitucionales de la Carta Norteamericana. En ese ensayo Hamilton sostuvo que la tarea del Tribunal Federal norteamericano (equivalente al Tribunal Constitucional chileno) es declarar el significado persistente de las normas. Si no fuera así, los jueces estarían ejecutando su voluntad y no la del pueblo y estarían sobreponiendo su deseo a la voluntad del poder legislativo. PEÑA, Carlos. *Ideas sobre la legitimidad de la existencia y el rol del TC en Chile* op. cit.

órgano sea capaz de esgrimir -las cuales siempre deberán derivarse de las reglas- las que podrán explicar cuál legítima o no, cuán adecuada o no es su decisión.

Por lo anterior, la principal tarea del Tribunal Constitucional es exponer pormenorizadamente las razones que fundan sus fallos. En efecto, cuando expone las razones, y especialmente las reglas que amparan dichas razones, el tribunal está cumpliendo con su deber público de someter las decisiones que adopta al escrutinio de los ciudadanos. Y por su parte, cuando los ciudadanos leen con ánimo crítico las decisiones del Tribunal y se quejan de ellas, no están desmedrando la autoridad de los jueces ni socavando el estado de derecho sino que están ejerciendo su deber de hacer el escrutinio de las decisiones que les afectan y se están ocupando de cuál es la Constitución que los rige.

Al respecto, agrega Peña que debe recordarse que una Constitución no es solamente un texto, sino también la práctica que cotidianamente instala el tribunal a partir de sus decisiones en relación a dicho texto. Así, quien interpreta la Constitución es quien señala los límites de la convivencia posible, quien indica en qué momento se transgredió los derechos de las minorías, quien señala en que momento preciso la política desbordó al derecho.

En consecuencia, pensar el sistema de justicia constitucional se justifica no sólo por razones técnicas o dogmáticas, sino por razones estrictamente políticas. Esto porque la respuesta a la pregunta más básica de la democracia, esto es, qué Constitución nos rige, la da el Tribunal Constitucional, y esto es suficiente para que sea relevante preocuparse por cómo se justifica la existencia de este tribunal, cuál debe ser su fisonomía o cuál es el papel que le cabe en el sistema democrático.¹⁴⁸

c. La experiencia y tradición histórica y política chilena evidencian la inconveniencia y falta de justificación de una revisión jurisdiccional de constitucionalidad

¹⁴⁸ PEÑA, Carlos. Ideas sobre la legitimidad de la existencia y el rol del TC en Chile op. cit.

Una de las voces más críticas a este respecto es la del profesor Fernando ATRIA, pues cuestiona la existencia de una revisión judicial de la constitucionalidad, esto es, la existencia de un órgano sin representatividad popular que tenga la última palabra en la interpretación de la Constitución.

Más específicamente, se trata de un problema de distribución del poder: “¿se justifica, en un sistema democrático, que los jueces tengan el enorme poder que les da la facultad de aplicar directamente la Constitución a todos los actos normativos (i.e. que producen normas) de los otros poderes del Estado?”.¹⁴⁹ Atria explica que esto constituye un problema porque en un sistema democrático las decisiones importantes ideológicamente deben ser tomadas por la mayoría. Por lo tanto, para enfrentar este déficit democrático de un órgano judicial, lo relevante no es determinar si sus decisiones son o no personales sino si son o no ideológicas, y es en la falta de dicha distinción donde fracasa el argumento de Breyer.

En efecto, explica Atria citando a Jules COLEMAN y Brian LEITER, lo que hace a una interpretación objetiva es que “aparezca como correcta bajo ‘condiciones epistemológicas ideales’”.¹⁵⁰ Para fundamentar esto, los mencionados autores afirman que existen hechos brutos en el mundo que constituyen condiciones de verdad para los enunciados jurídicos. Sin embargo, agrega Atria, precisamente porque no existen hechos brutos que hagan verdadero o falso lo que un juez decida, “cuáles son las condiciones epistemológicas ideales bajo las cuales un problema moral o jurídico complicado deba ser analizado es parte del problema, y las ideologías de quienes decidan afectarán su juicio sobre el cumplimiento de esas condiciones.”¹⁵¹

¹⁴⁹ ATRIA, Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. op. cit. pp.356-357.

¹⁵⁰ COLEMAN, J, y LEITER, B. Determinacy, Objectivity and Authority. En Marmor (ed.), Law and Interpretation. Oxford: Clarendon Press. 1996, p.263; citado por ATRIA, Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. op. cit p. 353.

¹⁵¹ ATRIA, Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. op. cit. p.354.

Así por ejemplo la respuesta al cómo debe entenderse la Constitución norteamericana, es una decisión ideológica en el sentido de que la elección entre distintas alternativas se fundamenta en razones políticas o ideológicas. En consecuencia, para Atria

“[l]a confusión de Breyer radica en el hecho de que él no distingue lo ‘subjetivo-como-personal’ y lo ‘subjetivo-como-ideológico’; asume que si una decisión no es subjetiva-como-personal es por ello mismo no-ideológica. Él tiene razón, de hecho, cuando indica que la decisión no es subjetiva-como-personal. Ella se funda en razones universalizables que no son explícitamente personales, es decir, son razones a favor de las cuales el agente no cita (o al menos no sólo, o no típicamente) su predilección. Pero no es posible negar que es una decisión ideológica o política, en el sentido de que esas razones universalizables que el agente invocará como fundamento son razones políticas o ideológicas.”¹⁵² [subrayado agregado]

A continuación Atria argumenta que no puede considerarse que la democracia exija la revisión judicial como forma de protección de las minorías, porque tal como las mayorías pueden abusar de sus derechos, también los jueces pueden abusar de los poderes que les entrega el control judicial de constitucionalidad, y violar la Constitución y las leyes. Por tanto, “la inexistencia del control judicial de constitucionalidad no implica el fin de la supremacía constitucional y, recíprocamente, la supremacía constitucional no exige que a los tribunales se les reconozca el poder de declarar las leyes y otros actos normativos de los otros poderes de Estado inconstitucionales.”¹⁵³

Como consecuencia de todo lo expuesto, la **primera conclusión** del profesor Atria en su artículo de “Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha”, es que la conveniencia, necesidad y del control judicial de constitucionalidad, no es un problema de la teoría democrática ni de la teoría del derecho, sino que depende de “las condiciones históricas y las experiencias, cultura política e instituciones políticas concretas” de un país.¹⁵⁴ Por lo anterior, la decisión de si se justifica o no un control judicial de constitucional es una decisión de política democrática y, por tanto debe basarse sobre razones políticas: argumentos de justicia y conveniencia.

¹⁵² ATRIA, Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. op. cit. p.356.

¹⁵³ ATRIA, Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. op. cit.p. 366.

¹⁵⁴ ATRIA, Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. op. cit. pp. 360-361.

Ahora bien, frente a las críticas de que sería absurdo dar al legislador la tarea de proteger los derechos que la Constitución reconoce contra (entre otros) el propio legislador, el profesor Atria replica que, al menos en Chile, el legislador no ha mostrado ser una amenaza especialmente peligrosa para los derechos constitucionales, pero los tribunales sí. Por su parte, en la doctrina comparada se sostiene que las críticas que a este respecto se dirigen contra el Congreso, son aplicables también a los tribunales:

“Incluso si la Corte hace esfuerzos de buena fe para proteger los límites que la Constitución impone al Congreso, su propio interés en maximizar su poder la inducirá a equivocarse en el sentido de limitar demasiado al Congreso. Quienes asumen que la Corte actuará de buena fe para proteger la Constitución se niegan, en este contexto, a asumir que el Congreso actuará de buena fe. De alguna manera ellos piensan que el interés del Congreso por maximizar su poder opera, no junto a, sino en vez de su buena fe; no conozco razón para adoptar esta suposición respecto del Congreso y no respecto de la Corte.”¹⁵⁵

Así, dada la conclusión ya mencionada, el problema se desplaza desde la teoría a la práctica constitucional: “ya no estaremos discutiendo si el control judicial es democrático o no, sino si en circunstancias históricamente dadas es razonable confiar en los jueces más que en los representantes de la mayoría cuando se trata de abusos de poder.”¹⁵⁶

De esta manera, la decisión relevante recae respecto a qué órgano entregar un poder sin control jurídico, pues necesariamente alguien tiene que tener la autoridad final, para resolver si una ley es o no inconstitucional y, en definitiva, declarar qué es lo que dice la Constitución. En consecuencia, lo que ese alguien dice “no puede a su vez ser declarado contrario a la Constitución, de modo que valdrá como declaración del

¹⁵⁵ TUSHNET, M., *Talking the Constitution Away from the Courts*. Princeton, NJ: Princeton University Press (1999), p. 199 n 58; citado por ATRIA, Fernando. *Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha*. op. cit. p.374.

¹⁵⁶ ATRIA, Fernando. *Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha*. op. cit. p. 375. Al respecto, Atria aclara que usa el lenguaje “confiar” para destacar que no se refiere a que se eliminarán las posibilidades de abuso, pues con revisión judicial los jueces podrán abusar y sin revisión judicial las mayorías podrán abusar.

contenido de la Constitución aun cuando esté equivocado.”¹⁵⁷ Así, lo que se requiere es de un órgano que adopte decisiones definitivas, pero eso no significa que sus decisiones sean infalibles.

Dado lo expuesto, existen distintas alternativas respecto a qué órgano entregar el poder de interpretar la Constitución, pudiendo ser el Poder Legislativo al decidir si una ley es violatoria de la Constitución sin posibilidad de recurso; o bien un Tribunal Constitucional que tenga autoridad para decidir si las decisiones tomadas al respecto por el Poder Legislativo son correctas; o la Corte Suprema si tiene potestad para decidir sobre la inaplicabilidad de las leyes; o incluso podría ser mixto, si en determinados casos la autoridad está entregada a uno de estos órganos, y en los demás a otro. “Pero en cada caso alguien necesariamente tiene que tener el poder para decidir de manera que la decisión valga aunque sea equivocada” [subrayado agregado].¹⁵⁸ Y como este órgano –cualquiera que sea- siempre podrá abusar de su poder, se trata de una decisión fundamental de distribución del poder.

Al respecto, aclara el profesor Atria que el hecho de que existan mecanismos de control equivalentes a nuestra acusación constitucional –que en todo caso no procede contra los miembros del Tribunal Constitucional- no obsta a que pueda abusarse de este poder. En efecto, en los ordenamientos jurídicos en que este tipo de mecanismos son corrientes y para operar basta que el órgano que conoce de ellos esté en desacuerdo con la interpretación que otro órgano dé a la Constitución, lo que ocurre es quien conoce del recurso es quien tiene la autoridad final, el poder sin control jurídico. Por su parte, en los sistemas donde estos mecanismos son excepcionales y proceden en casos extremos –como el chileno- en la práctica el control no existe o es débil.¹⁵⁹

Por lo anterior, efectivamente la autoridad que tiene facultad para declarar definitivamente lo que dice la Constitución adquiere, por la gran relevancia de esa función, la más alta autoridad en el Estado. Sin embargo, lo grave para Atria no es

¹⁵⁷ ATRIA, Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. op. cit. p. 377.

¹⁵⁸ ATRIA, Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. op. cit. p. 377.

¹⁵⁹ Véase ATRIA, Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. op. cit. nota al pie 23, p. 378..

entregar a esas decisiones tan relevantes a un cuerpo político, sino entregarlas a un órgano judicial, justamente por consideraciones democráticas: “en una democracia la autoridad más alta del Estado debe ser elegida por y responsable ante el pueblo.”¹⁶⁰

La **segunda conclusión** del profesor Atria en el mencionado artículo, es que en Chile precisamente la experiencia y la tradición histórica y política dejan en evidencia que no es conveniente ni se justifica una revisión jurisdiccional de constitucionalidad.¹⁶¹

Para esto, el mencionado autor compara a nuestro país con la víctima insatisfecha, que es el sujeto que es golpeado y cuya reacción es entregar a su atacante un martillo para que le siga pegando con más efectividad. “En Chile, los académicos progresistas han tenido un juicio altamente crítico del desempeño de los tribunales en las últimas décadas. No podría ser de otra manera. Pero la paradoja es que al mismo tiempo ellos sostienen que la solución para eso pasa por entregarles más poder”¹⁶².

Por otro lado, Atria agrega que “incluso en tiempos de normalidad democrática el comportamiento de los tribunales de justicia no permite suponer que ellos merecen la confianza que representa el entregarles poder para aplicar la Constitución.”¹⁶³ Primero porque la interpretación de la Constitución, particularmente en relación a uno de los derechos básicos más importante, como es el derecho a la igualdad, ha sido extremadamente pobre. Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que (1) la igualdad consiste en la exclusión de privilegios, pero no ha señalado cómo distinguir los privilegios que no considera inconstitucionales de los que sí; (2) que la igualdad implica igualdad absoluta, es decir, “la ley debe ser una misma para todos los habitantes y que todos gozan de igual libertad, sin que pueda legislarse a favor o

¹⁶⁰ ATRIA, Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. op. cit. p. 376.

¹⁶¹ ATRIA, Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. op. cit. pp. 347 a 350.

¹⁶² ATRIA, Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. op. cit. p. 378. A continuación Atria da como ejemplo el caso de la censura por los tribunales de “El Libro Negro de la Justicia Chilena”, de la periodista Alejandra Matus, y el Informe de la Comisión Rettig.

¹⁶³ ATRIA, Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. op. cit. p.383.

desmedro de clases sociales determinadas”¹⁶⁴, lo que es insostenible; (3) que entonces significa igualdad relativa, esto es, que sólo los que están en iguales condiciones deben ser tratados igualitariamente; sin embargo el contenido de esta afirmación es prácticamente nulo de modo que, en la práctica, puede ser usado para justificar cualquier discriminación; (4) que la igualdad significa que no se pueden dictar disposiciones jurídicas particulares, pero que eso no implica la inconstitucionalidad de una ley que distribuye desigualmente derechos entre tres personas individualmente identificadas; y (5) que la igualdad se opone a discriminaciones que a ella le parecen obviamente privadas de razón, pero sin hacer público de cómo esto se puede saber de antemano.¹⁶⁵

Así, para Fernando Atria es evidente que en Chile, la posibilidad de los tribunales de proteger “la garantía constitucional de la igualdad no ha significado mayores niveles de protección de esa garantía, sino simple arbitrariedad judicial,”¹⁶⁶ en cuanto se ha mantenido en silencio las cuestiones fundamentales: qué hace a un privilegio especial, en qué casos la igualdad podría ser entendida como absoluta, a quiénes se considera que están en iguales condiciones cuando la legislación conforme a atributos estrictamente particulares es inconstitucional, cuándo (si existe) una discriminación es suficientemente obvia para que pueda ser declarada inconstitucional sin argumentos, cuáles son las diferencias de hecho que justifican un trato desigual, etc.

Segundo, porque el tipo de dogmática constitucional que existe en Chile “no permite abrigar esperanzas respecto de la capacidad de los tribunales para aplicar la Constitución con la sofisticación que los conflictos constitucionales requieren.”¹⁶⁷ Para argumentar a este respecto, Atria complementa a Peña señalando que la práctica constitucional chilena es procesalmente avanzada precisamente porque es argumentativamente arcaica. “Porque es argumentativamente arcaica nuestra práctica

¹⁶⁴ Sentencia de la Corte Suprema en el caso Zuñiga Latorre, Arturo [48 RDJ (1951) 2-1, pp.65-69].

¹⁶⁵ Al respecto véase ATRIA, Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. op. cit. pp.384 a 386. También véase ATRIA, Fernando, Los Peligros de la Constitución, Santiago, Universidad Diego Portales, 1997.

¹⁶⁶ ATRIA, Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. op. cit. p.386.

¹⁶⁷ ATRIA, Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. op. cit. p.384.

constitucional se ha desarrollado más allá de lo prudente sin que nuestros profesores se dieran cuenta de lo que ocurría (...) no por hacer procesalmente más fácil el acceso a los tribunales los derechos estarían mejor protegidos.”¹⁶⁸

Este problema es de gran importancia, porque al decidir entregar la última palabra en la interpretación de la Constitución a instancias jurisdiccionales más que políticas, se debe a la idea de que éstas intentarán interpretar la Constitución independientemente de consideraciones políticas. Sin embargo, cuando faltan criterios dogmáticos como en Chile, el órgano jurisdiccional no puede sino aplicar criterios políticos. “Si el objetivo del control jurisdiccional de constitucionalidad es lograr la ‘sujeción de la política al derecho’¹⁶⁹, en las circunstancias actuales mantener el ‘sistema’ chileno implica reemplazar la política democrática del parlamento por la política oscura, corporativa y conservadora de los tribunales.”¹⁷⁰

Finaliza Atria explicando que el Tribunal Constitucional chileno está diseñado sobre la suposición de que la interpretación de la Constitución es un problema técnico jurídico y no político. Sin embargo, en Chile demasiadas veces los conflictos políticos han terminado en el Tribunal Constitucional.

En efecto, frente a las preguntas de si puede limitarse la libertad de una persona para gastar la cantidad que desee en una campaña política para lograr mayor igualdad entre los candidatos; o si puede restringirse la libertad del dueño de una empresa de despedir a trabajadores con el objeto de lograr mayor igualdad y estabilidad en el trabajo; o restringir la libertad de fijar el precio de un bien o servicio básico para aumentar la igualdad del acceso al mismo, la cuestión no es cuán razonable son estas medidas, o cuánto acuerdo son capaces de generar, sino que estas decisiones son de naturaleza política y por tanto deben estar entregadas a la política democrática. “Y para que ése sea el caso debe reconocerse que esas decisiones no están en la Constitución. No todo lo que es correcto o debido está ahí. (...) Todas esas preguntas

¹⁶⁸ ATRIA, Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. op. cit. p.389.

¹⁶⁹ Véase PEÑA, Carlos, Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales. Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, (sin fecha); p.198.

¹⁷⁰ ATRIA, Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. op. cit. p.389.

están (o deberían estar, en una interpretación correcta de la Constitución) abiertas y entregadas al debate político. La Constitución debe ser entendida dejando un espacio significativamente amplio para la política democrática.”¹⁷¹

En consecuencia, Atria concluye que el control judicial de constitucionalidad puede ser un elemento importante de la democracia en los países donde la anomalía democrática de este control es, en palabras de Breyer, “un asunto central al modo en que ciudadanos, profesores de derecho constitucional y jueces piensan sobre la toma de decisiones constitucionales”¹⁷², donde “la judicatura, consciente de la anomalía intenta minimizar su impacto a través del uso de reglas, estándares o cánones que reconocen el problema”¹⁷³, y donde “los jueces, conscientes de la anomalía, a menudo intentan, a través de su actitud interpretativa, reflejar la prioridad constitucional de la toma de decisiones legislativas, incluso en los casos no cubiertos claramente por algún canon interpretativo.”¹⁷⁴

Sin embargo, para Atria el control judicial de constitucionalidad en Chile, no puede ser defendido, ya que no se cumplen esos requisitos ni tampoco los ya mencionados, como la existencia de una cierta densidad dogmática.

CAPÍTULO IV: EL RECURSO DE INAPLICABILIDAD Y LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

Ahora bien, sin perjuicio de las discusiones que se han dado respecto de la legitimidad del control judicial de la constitucionalidad, lo cierto es que éste se ha seguido

¹⁷¹ ATRIA, Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. op. cit. p.397.

¹⁷² BREYER, Sthepan. Revisión Judicial: La Perspectiva de un Juez. Estudios Públicos, p. 53, citado por ATRIA, Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. op. cit. p. 398.

¹⁷³ BREYER, Sthepan. Revisión Judicial: La Perspectiva de un Juez. Estudios Públicos, p. 55, citado por ATRIA, Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. op. cit. p. 398.

¹⁷⁴ BREYER, Sthepan. Revisión Judicial: La Perspectiva de un Juez. Estudios Públicos, p. 55, citado por ATRIA, Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. op. cit. p. 398.

ejerciendo en gran parte del derecho comparado, incluido en el chileno. Por lo anterior, a continuación se explicará cuáles son los requisitos y cómo funcionan los recursos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad que son los medios que, en el ordenamiento jurídico chileno, permiten actualmente el ejercicio del control de la constitucionalidad de las normas jurídicas.

A modo de resumen cabe adelantar desde ya, las principales diferencias que tienen uno y otro recurso¹⁷⁵.

En primer lugar, desde el punto de vista del origen o impulso procesal, el requerimiento de inaplicabilidad corresponde a las partes de la gestión en curso y al juez que conoce de ella. En cambio, la declaración de inconstitucionalidad puede ser iniciada de oficio por el Tribunal Constitucional o bien mediante una acción pública.

En segundo lugar, respecto al tipo de control, mientras la inaplicabilidad es un control concreto que se ejerce respecto de un caso particular, la inconstitucionalidad se determina mediante un control abstracto mediante el cual “se contrasta la norma constitucional con el precepto legal, con prescindencia de los efectos que su aplicación pudiere generar en cualquier caso sometido a proceso.”¹⁷⁶

Finalmente, en relación a sus efectos, la inaplicabilidad deja inaplicable el precepto legal en un caso particular con efectos relativos entre las partes, por lo que se mantiene su vigencia como ley. Por su parte la declaración de inconstitucionalidad produce la derogación del precepto legal con efectos generales, y no retroactivos, siendo expulsada del ordenamiento jurídico.

Todo lo anteriormente expuesto se analizará a continuación en detalle.

¹⁷⁵ Al respecto se seguirá lo señalado por la profesora GARCÍA BARZELATTO, Ana María en su artículo Influencia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como nueva atribución del Tribunal Constitucional. Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, vol.70: p.127, 2008.

¹⁷⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°891-2007 INA, considerando quinto, citado por GARCÍA BARZELATTO, Ana María. Influencia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como nueva atribución del Tribunal Constitucional. op. cit. p.127

1. Función del Tribunal Constitucional de declarar inaplicable un precepto legal inconstitucional (artículo 93 N°6 de la Constitución)

El **artículo 93** de la Constitución Política de la República, en su **N°6**, consagra la siguiente atribución del Tribunal Constitucional:

“Resolver, por 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 contrario a la Constitución”

a. Objetivos y orígenes

Cabe hacer presente que, por regla general, la constitucionalidad de las leyes se presume debido a que, previo a su promulgación, se realizan una serie de controles antes de su promulgación, por ejemplo, el estudio que realizan durante su tramitación las comisiones de las Cámaras, las observaciones que el Presidente de la República eventualmente puede formular al proyecto, el examen que realicen las comisiones mixtas en caso de desacuerdo entre las Cámaras, el control preventivo del Tribunal Constitucional, etc.

Sin embargo, puede que un precepto legal, a ser aplicado a una situación concreta, sea inconstitucional, razón por la cual existe la posibilidad de atacar el vicio que tiene la declarándola inaplicable para ese caso preciso.

Como hemos visto, esta facultad que tiene ahora el Tribunal Constitucional consistente en el control *a posteriori* o represivo de la ley, correspondía antes exclusivamente a la Corte Suprema, a través de la declaración de inaplicabilidad, que podía ser pronunciada de oficio o bien en virtud en un recurso presentado por el afectado en una gestión que conociera un tribunal.¹⁷⁷

¹⁷⁷ Entre los años 1925 y 2005, la Corte Suprema, conoció y resolvió anualmente aproximadamente 30 casos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Véase GARCÍA

No obstante, esta facultad del máximo tribunal del poder judicial fue arduamente criticada, aduciéndose, por ejemplo que en la interpretación de las normas se aplicaba un criterio demasiado formalista, conservador y ceñido al tenor literal de la Constitución y de la ley, lo que implicaba que, en definitiva, era poco protector de los derechos de las personas. También se criticaba que la jurisprudencia recaída en las inaplicabilidades muchas veces era contradictoria, y que en muchas oportunidades, escudándose en la falta de requisitos de admisibilidad, la Corte no entraba al conocimiento del fondo.

Todo lo anterior motivó a que se desarrollara la idea de que era necesario traspasar el conocimiento y fallo de estos asuntos al Tribunal Constitucional. Como señaló en su momento el ministro Eugenio Valenzuela, el objetivo era “establecer un sistema de constitucionalidad concentrado y no difuso como el actual, en que la Corte Suprema actúa por un lado y el Tribunal, por otro, con el objeto de concentrar la defensa del principio de supremacía constitucional en un solo organismo.”¹⁷⁸

Cabe señalar que originalmente el Senado trasladó dicha atribución en los mismos términos que el antiguo artículo 80 de la Constitución la concedía a la Corte Suprema¹⁷⁹. Posteriormente, en segundo trámite ante la Cámara de Diputados, en la Comisión de Constitución, se encuentra la primera aproximación a su texto actual en los siguientes términos: “Declarar inaplicable un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, produzca efectos contrarios a la Constitución.” Finalmente, en la discusión en sala del segundo informe

BARZELATTO, Ana María. Influencia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como nueva atribución del Tribunal Constitucional. op. cit. p. 117.

¹⁷⁸ VALENZUELA, Eugenio. Primer Informe de la Comisión de Constitución del Senado de 6 de noviembre de 2001; citado por SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. y SILVA GALLINATO, María Pía, “Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional. op. cit. p.13.

¹⁷⁹ El art. 80 original establecía: “La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares, todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento.”

complementario de la citada Comisión de fecha 22 de junio de 2005, se encuentra la actual redacción de la disposición.

b. Características

En primer lugar, la inaplicabilidad debe referirse a un “**precepto legal**”. Por lo anterior, lo primero que el recurso debe mencionar expresamente, es el precepto legal que se solicita declarar inaplicable, pues de lo contrario el recurso resultaría inadmisibile, como lo ha señalado reiteradamente la Corte Suprema.¹⁸⁰ Cabe hacer presente además que el recurso debe entablarse respecto de normas específicas y precisas, y no de todo un cuerpo legal.¹⁸¹

Ahora bien, del requisito de que la inaplicabilidad debe referirse a un “precepto legal”, derivan las siguientes consecuencias:¹⁸²

1) Es necesario que el precepto esté en vigor al momento de entablarse el recurso. En otras palabras, debe tratarse de una norma que no esté derogada ni que ya se haya aplicado en la decisión de la gestión judicial pertinente. Al respecto, el propio Tribunal Constitucional ha señalado: “debe tratarse un precepto legal que se encuentre vigente, con independencia de si dicha vigencia se produjo antes o después que la de la Carta Fundamental.”¹⁸³

¹⁸⁰ Corte Suprema, 8.09.89, Revista Derecho y Jurisprudencia 86, sec 5°; citado por NAVARRO BELTRÁN, Enrique. El Tribunal Constitucional y las Reformas Constitucionales de 2005. op. cit p. 23.

¹⁸¹ Al respecto se ha dictaminado que el recurso no habilita a la Corte Suprema “para declarar inaplicable una ley globalmente considerada.” Corte Suprema, 23.11.94, Gaceta Jurídica 173, p. 30.

Sin perjuicio de lo anterior, el año 1990 la Corte Suprema declaró que el DL 2695 en su totalidad infringía el derecho de dominio del artículo 19 N°24 de la Constitución. Corte Suprema 19.05.93, Revista Derecho y Jurisprudencia 90, sec.5°, p.153 y 20.08.99, Revista Derecho y Jurisprudencia 96, sec.5°p.120.

Véase al respecto NAVARRO BELTRÁN, Enrique. El Tribunal Constitucional y las Reformas Constitucionales de 2005.op. cit. p. 24.

¹⁸² Al respecto véase SILVA BASCUÑÁN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María Pía Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional op. cit. p. 16 y ss.

¹⁸³ Sentencia del Tribunal Constitucional rol N°472-2006-INA de 30 de agosto de 2006, considerando séptimo.

2) Por otro lado, el recurso procede respecto de toda norma que tenga jerarquía legal. lo que el actual ministro del Tribunal Constitucional don Enrique NAVARRO, incluye a todas aquellas a las que se le reconoce dicha categoría, esto es, tanto las leyes propiamente tales –las comunes, las de quórum calificado y las orgánicas constitucionales- como los decretos con fuerza de ley, los decretos leyes e incluso los tratados internacionales¹⁸⁴. Agrega el mencionado autor que en relación a éstos últimos, la Corte Suprema expresamente ha estimado que se ajustaban a la Carta Fundamental las normas contenidas en la Convención sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños de La Haya¹⁸⁵.

En cambio, para los autores SILVA BASCUÑAN y BASCUÑÁN GALLINATO, los decretos con fuerza de ley se encuentran en una situación especial, “porque en relación a ellos se podría pedir tanto la inaplicabilidad de la ley habilitante como la del propio DFL, y tanto desde un punto de vista de la forma como del fondo. Sin embargo, la declaración de si el DFL se ajustó o no a la ley autorizante es un asunto de mera legalidad, cuya resolución, a nuestro juicio, compete a los jueces del fondo.”¹⁸⁶

Asimismo, los mencionados autores creen que con los tratados surge ahora un nuevo problema. En efecto, por un lado, y como el propio Tribunal Constitucional lo ha reconocido, como los tratados “contienen normas de jerarquía legal, podían éstas declararse inaplicables.”¹⁸⁷. Sin embargo, por otro lado el nuevo artículo 54 N°1 inciso 5° de la Constitución, asegura ahora la intangibilidad de esta normativa - debido a que

¹⁸⁴ Concordante con lo anterior, el número 4 del art. 47 F de la LOC del Tribunal Constitucional establece que se procederá a declarar la inadmisibilidad de un recurso de inaplicabilidad, cuando “se promueva respecto de un precepto que no tenga **rango legal**”. [énfasis agregado]

¹⁸⁵ Corte Suprema, 24.10.97, Gaceta Jurídica 208, p. 75, mencionado por NAVARRO BELTRÁN, Enrique. El Tribunal Constitucional y las Reformas Constitucionales de 2005. op. cit. p. 23.

¹⁸⁶ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María Pía. Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional. op. cit. p. 16.

¹⁸⁷ En efecto, el considerando 63 del fallo del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 2002 (rol N° 346) recaído en el requerimiento en contra del Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional, al enfrentarse al dilema de si los tratados sobre derechos humanos modifican la Constitución o deben sujetarse a ella, sostiene esta última opción, para lo cual cita el Informe de la Junta de Gobierno de 12 de junio de 1989, documento que afirma que procede declarar al inaplicabilidad de un tratado por inconstitucionalidad. Al respecto véase SILVA BASCUÑÁN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María Pía. Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional. op. cit. p. 17.

contienen las obligaciones que adquiere Chile en el orden internacional-, estableciendo: “Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los mismos tratados o de acuerdo a las normas generales del derecho internacional.”

Frente a tal conflicto, SILVA BASCUÑAN y SILVA GALLINATO concluyen que respecto de los tratados también debería proceder el mencionado recurso, porque “nuestro país debería defender la Carta si luego de ratificado llega al convencimiento de que el tratado la vulnera, por lo que habrá de buscar alguna fórmula para no seguir comprometido en el ámbito internacional.”¹⁸⁸

A este respecto, la LOC del Tribunal Constitucional señala que respecto de un tratado internacional o de algunas de sus disposiciones, no puede solicitarse la declaración de inconstitucionalidad, pero no se refiere a la inaplicabilidad.¹⁸⁹

Lo que sí está claro es que la declaración de inaplicabilidad no procede respecto de los decretos supremos, pues ellos no pertenecen a la categoría de “precepto legal”.¹⁹⁰

3) Asimismo, es importante tener presente que no se distingue si el precepto legal cuya constitucionalidad se cuestiona fue promulgado con anterioridad o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Carta, por lo que procede el recurso en ambas hipótesis.

¹⁸⁸ SILVA BASCUÑAN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María Pía. Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional. op. cit. pp. 16 y 17.

¹⁸⁹ Art. 47 Ñ inciso final de la LOC del Tribunal Constitucional.

Al respecto debe recordarse que, en todo caso, el artículo 93 N°3 de la Constitución consagra de modo facultativo un control preventivo de la constitucionalidad de los tratados internacionales por parte del Tribunal Constitucional, y un control obligatorio de la constitucionalidad de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de una LOC, antes de su promulgación.

¹⁹⁰ Así el Tribunal Constitucional ha declarado inadmisibile el recurso de inaplicabilidad referido al Decreto Supremo N°211 de 1991 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, por estimar que, al ser dictado por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad que le concede el artículo 32 número 6 de la Constitución, se trata “de una norma reglamentaria y no de un precepto legal como lo exige el artículo 93, inciso primero, núm.6 e inciso undécimo de la Constitución.” (Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N°497-06-INC, de 10 de mayo de 2006)

4) Finalmente, la inconstitucionalidad que genera la inaplicabilidad de un precepto puede ser de fondo o de forma. El texto primitivo del Senado lo indicaba expresamente y la doctrina también señalaba que en ambos casos resultaba procedente.¹⁹¹

Con esto se termina con la discusión que antiguamente se planteaba en relación a los vicios producidos durante la formación de la ley. La Corte Suprema constante y reiteradamente había señalado que sólo podía declarar la inaplicabilidad de un precepto legal por ser contrario al contenido de la Constitución (fondo), pero no podía desconocerlo si no se habían respetado ciertas reglas en su tramitación (forma), fundándose en que no le correspondía revisar la actuación de los poderes colegisladores¹⁹².

Sin embargo, actualmente el Tribunal Constitucional tiene suficiente jerarquía, independencia y atribuciones como para pronunciarse sobre los defectos de forma que pueden afectar a una ley vigente. Más aún cuando es el mismo órgano que preventivamente resuelve los problemas de esa naturaleza que afecten a una norma jurídica antes de su promulgación.

¹⁹¹ Véase NOGUEIRA A., HUMBERTO. El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional de 2005, en La Constitución Reformada de 2005, p.425; y GOMEZ B., Gastón. La Reforma constitucional a la jurisdicción constitucional, en Reforma Constitucional (2005), p. 675; citados por NAVARRO BELTRÁN, Enrique. El Tribunal Constitucional y las Reformas Constitucionales de 2005. op. cit. p.27.

¹⁹² Así por ejemplo, el año 1995, había señalado la Corte Suprema: "Este recurso es inadmisibile por cuanto éste no resguarda la inconstitucionalidad de forma de la ley sino sólo la sustantiva o de fondo como uniforme y reiteradamente se ha resuelto por esta Corte (...). En consecuencia, promulgada y publicada una ley, este Tribunal podrá ejercer a su respecto el control de su constitucionalidad sustantiva que le otorga el artículo 80 de la carta fundamental, para el solo caso particular de que se trate, pero no podrá desconocerla como tal ley en función de que se han dejado de cumplir ciertas exigencias formales en su tramitación, por cuanto ello importaría una función revisora o de control, que la Constitución no le confiere sino que expresamente entrega a otros organismos que deben intervenir en su formación. En efecto, la actual carta fundamental entrega el control preventivo de la constitucionalidad de forma al Tribunal Constitucional." Corte Suprema, 31.05.95, Rep.92, sec 5°, p. 93.

Sin embargo, este fallo tuvo votos disidentes de ministros que afirmaron que era plenamente procedente la inaplicabilidad por vicios de forma, que sólo en parte los conoce preventivamente el Tribunal Constitucional, no existiendo en el artículo 80 distingo alguno entre vicios de forma y de fondo. Véase NAVARRO BELTRÁN, Enrique. El Tribunal Constitucional y las Reformas Constitucionales de 2005.op. cit. p. 27.

En segundo lugar, la Constitución exige que el Tribunal resuelva la inaplicabilidad de un precepto legal **“cuya aplicación resulte contraria a la Constitución”**, ya sea en relación a un determinado precepto contenida en ella, o al contexto que se derive de varias de sus normas.

Así, el objetivo de la inaplicabilidad es que el juez prescinda de aplicar el precepto legal en el caso concreto que debe resolver. Lo anterior implica que la declaración produce sólo efectos particulares, por cuanto la misma ley declarada inaplicable para un caso particular puede, al aplicarse en otro, no infringir la Ley Fundamental.¹⁹³

En consecuencia, “el examen que efectúa el Tribunal Constitucional es entre el contenido de la Constitución y el precepto legal, a la luz de los antecedentes que deriven de la situación de hecho concreta de que se trata. No le corresponde aquí, por lo tanto, efectuar un análisis doctrinario y abstracto, de mera confrontación entre la Carta y el precepto, porque ‘llevado lo abstracto de la norma a lo concreto de su aplicación, ella puede ser o [o no] inconstitucional según las características de los problemas específicos que se presenten’, como explica don Alejandro Silva Bascuñán.”¹⁹⁴

A este respecto, el propio Tribunal Constitucional ha dejado en evidencia las diferencias entre el control de constitucionalidad que ejercía la Corte Suprema y el que se realiza hoy, señalando que:

“[M]ientras antes se trataba de una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora se está en presencia de una situación diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando así una clara

¹⁹³ En cambio la redacción del antiguo art. 80 de la CPol. no tenía tal claridad por cuanto se refería a declarar la inaplicabilidad de **“todo precepto legal contrario a la Constitución”**, con lo cual podía entenderse que debía realizarse un análisis abstracto de la ley para contrastarla con la Carta Fundamental.

¹⁹⁴ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María Pía. Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional. op. cit. pp.19 y 20.

diferencia con la regulación prevista por el texto constitucional anterior.”¹⁹⁵

En el mismo sentido, resolviendo una de las primeras acciones de inaplicabilidad, el Tribunal Constitucional sostuvo que “en sede de inaplicabilidad, el Tribunal está llamado a determinar si la aplicación del precepto en la gestión específica resulta contraria a la Constitución. Lo que el Tribunal debe practicar es un examen concreto de si el precepto legal, invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución.”¹⁹⁶

En conclusión, la decisión del mencionado órgano deberá recaer respecto a “la conformidad o contrariedad con la Constitución que pueda tener la aplicación del precepto legal impugnado en cada caso concreto, sin que ello implique necesariamente una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional.”¹⁹⁷

Lo anterior, como se verá, constituye una diferencia importante con la declaración de inconstitucionalidad de la ley que tiene efectos generales o *erga omnes*.

En tercer lugar, la acción de inaplicabilidad se interpone respecto de “**cualquier gestión**”, esto es, en relación a cualquier actividad judicial ejercida ante un tribunal ordinario o especial. Al respecto, la Corte Suprema había señalado que “[l]os constituyentes al aludir en el artículo 80 de la Constitución a ‘cualquier gestión’, se refieren a cualquier actividad jurisdiccional ejercida ante otro tribunal y no sólo a gestiones y acciones de jurisdicción contenciosa.”¹⁹⁸

¹⁹⁵ Tribunal Constitucional rol N°781-07 INA y N° 946-07 INA; citado por GARCÍA BARZELATTO, Ana María. Influencia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como nueva atribución del Tribunal Constitucional. op. cit.pp.117-118.

¹⁹⁶ Sentencia de la Corte Suprema de 27 de julio de 2006, rol 480, considerando 27°.

¹⁹⁷ GARCÍA BARZELATTO, Ana María. Influencia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como nueva atribución del Tribunal Constitucional. op. cit. p.118.

¹⁹⁸ Corte Suprema, 30.09.88, Rep.85, Sec.5°, p. 240. A este respecto la Corte Suprema conociendo de las inaplicabilidades, había dictaminado que no constituía gestión pendiente idónea, bajo ciertos supuestos, el recurso de protección y el recurso de queja. Corte Suprema, 23.12.87, Gaceta Jurídica 97 p.25; y Corte Suprema 06.12.96, Gaceta Jurídica 198, p. 152;

Al respecto cabe agregar que debe tratarse de una gestión que se encuentre **pendiente de resolución** pues lo que se busca es, precisamente, que al momento de decidirse el asunto se prescindiera de la ley cuya aplicación resulta contraria a la Constitución¹⁹⁹. Por tanto, el requerimiento se puede interponer en cualquier oportunidad procesal en que se estime que la aplicación inconstitucional de un precepto legal pueda resultar decisiva en la resolución del asunto (artículo 47 C de la LOC del Tribunal Constitucional).

En cuarto lugar, se precisa que la gestión puede seguirse ante un tribunal “**ordinario o especial**”, distinción que el antiguo artículo 80 no efectuaba. Según SILVA BASCUÑÁN y SILVA GALLINATO, en el concepto de “especiales” se comprenden tanto los que integran el Poder Judicial (por ejemplo, los laborales o los jueces árbitros), como aquellos creados por leyes especiales que entregan a determinados órganos administrativos la facultad de ejercer jurisdicción (por ejemplo, el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, el Director de Aduanas o el Tribunal de la Libre Competencia).²⁰⁰ Sin embargo, el concepto no incluye a todos los órganos que ejercen jurisdicción –en el sentido del artículo 19 N°3 inciso5° de la Constitución- como son serían aquellos tribunales que juzgan a los integrantes de un gremio o colegio profesional, debido a que regulan relaciones entre particulares pero no ejercen poder público. Asimismo, tampoco se entenderían incorporados los órganos autónomos contemplados en la Constitución que ejercen jurisdicción como el Tribunal Calificador de Elecciones y los Tribunales Electorales.

En conclusión, sostienen los mencionados autores que la regla sólo se aplica a los “tribunales de la Nación” mencionados en el artículo 82 de la Constitución, que son

todo ello citado por NAVARRO BELTRÁN, Enrique. El Tribunal Constitucional y las Reformas Constitucionales de 2005. op. cit p.24.

¹⁹⁹ Así, se ha afirmado que no existe gestión pendiente cuando ya se ha rechazado la petición de que un reclamo tributario sea fallado por el Director Regional y no por el Juez Tributario, puesto que ya se aplicaron las normas tachadas como inconstitucionales. Corte Suprema, 06.08.99, Gaceta Jur 230, p.204; citado por NAVARRO BELTRÁN, Enrique. El Tribunal Constitucional y las Reformas Constitucionales de 2005. op. cit. p.25.

²⁰⁰ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María Pía. Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional. op. cit. p.20.

aquellos respecto de los cuales la Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica.

Finalmente y de conformidad con lo ya expuesto, tampoco no se entienden incluidas las gestiones seguidas ante autoridades administrativas.

Por último, la **aplicación del precepto** en cuestión debe **resultar decisiva en la resolución del asunto**. A este respecto, ha señalado el Tribunal Constitucional que:

“Para realizar el referido juicio de constitucionalidad basta que el juez que conoce de la gestión pendiente tenga la posibilidad de aplicar dicho precepto en la decisión que ha de adoptar y que, al hacerlo, pueda vulnerarse la Constitución, independientemente de que existan otros preceptos legales que también pueda considerar (...)”.²⁰¹

c. Tramitación

Cabe hacer presente que antes de que se dictara la Ley 20.381 que modificó la antigua LOC del Tribunal Constitucional –lo que recién ocurrió el 20 de octubre de 2009-, una vez que el Tribunal admitía a tramitación un requerimiento, dictaba una resolución que fijaba el procedimiento a seguir, que en la práctica contemplaba reglas casi idénticas para todos los procesos remitiéndose a las normas contenidas en el párrafo 2 del Título II de la antigua LOC del Tribunal Constitucional y a las normas comunes a todo procedimiento contenidas en el Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, actualmente el procedimiento está expresamente regulado en la LOC modificada, entre los artículos 47 A y 47 N, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 93 inciso 11 de la Constitución Política.

Respecto a quiénes tienen la **legitimidad activa** para interponer el recurso de inaplicabilidad, a diferencia de aquel que conocía la Corte Suprema que sólo podía ser ejercido por las personas que actuaban como partes en un juicio, actualmente éste también puede ser entablado por el juez que conoce del asunto. En otras palabras,

²⁰¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N°943-07-INA de 10 de junio de 2008, considerando noveno.

todo juez que crea que una determinada norma que se invoca en un asunto que está conociendo es inconstitucional, está obligado a plantear este conflicto ante el Tribunal Constitucional.

Para SILVA BASCUÑAN y SILVA GALLINATO, con esto “se termina la discusión sobre el eventual control difuso de constitucionalidad de la ley que, según algunos, podían efectuar los jueces integrantes del Poder Judicial, estando éstos obligados, en caso de duda, a acudir al Tribunal Constitucional.”²⁰²

Una vez interpuesto el requerimiento **se admitirá a tramitación** sólo si cumple los requisitos establecidos en los artículos 47 A y 47 B de la LOC del Tribunal Constitucional²⁰³.

Ahora bien. Dentro de los cinco días contados desde que se acoge el requerimiento a tramitación, la sala competente deberá **examinar su admisibilidad**, y la declarará admisible siempre y cuando “[a] se] verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que [b)] la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto, que [c)] la impugnación esté fundada razonablemente y que [d)] se cumplan los demás requisitos que establezca la ley.”²⁰⁴

²⁰² SILVA BASCUÑAN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María Pía. Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional. op. cit. p. 16.

²⁰³ Estos arts. se refieren a que, si la cuestión es promovida por una de las partes, deberán acompañar un certificado extendido por el tribunal en que conste la existencia de la gestión judicial, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de sus partes y apoderados (art. 47 A inc. 2°). En el caso que el requirente sea el juez, deberá formularse por oficio y acompañarse copias de las piezas relevantes del expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y sus apoderados; asimismo, deberá dejarse constancia en el expediente de haber acudido al Tribunal Constitucional, notificando de ello a las partes (art. 47 A incs. 3° y 4°).

Asimismo el requerimiento deberá exponer los hechos y fundamentos en que se apoya, y de cómo ellos producen una infracción constitucional; indicándose asimismo el vicio de inconstitucionalidad con las normas que se estiman infringidas (art. 47 B).

²⁰⁴ Art. 93 inc. 11 de la CPol. Por su parte, el art. 47 F de la LOC del Tribunal Constitucional, establece los siguientes requisitos de admisibilidad: (1) Que el requerimiento sea formulado por la persona u órgano legitimado; (2) que el precepto cuestionado no haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal Constitucional, ya sea en el control preventivo o conociendo un requerimiento, siempre y cuando se invoque el mismo vicio; (3) que exista una

Así, ya en el trámite de la admisibilidad, se requiere que el Tribunal entre al fondo y efectúe un análisis exhaustivo con el objeto de determinar, si con los antecedentes acompañados al requerimiento, puede concluirse que el juez necesariamente deba aplicar la norma legal en cuestión para decidir la gestión, o si bien podrían existir otras reglas legales más pertinentes para resolver el asunto y que no plantearan problemas de constitucionalidad.

Por lo anterior, el requerimiento interpuesto deberá señalar de qué modo la aplicación de la ley viola determinado precepto de la Carta Fundamental, fundamentando con razones de hecho, de derecho y doctrinarias la impugnación que solicita.²⁰⁵

Cabe agregar que la resolución que declara la admisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento no es susceptible de recurso alguno.²⁰⁶

Si la sala decide acoger a tramitación del recurso, deberá pronunciarse además sobre la petición de suspensión del procedimiento la cual, una vez decretada, se mantendrá hasta que el Tribunal Constitucional dicte la sentencia y la comunique al juez que está conociendo de la gestión pendiente.²⁰⁷

Declarado admisible un requerimiento, el Tribunal **lo comunicará o notificará al tribunal** de la gestión pendiente **o a las partes** de ésta, según corresponda. En la misma oportunidad **pondrá el requerimiento en conocimiento de la Cámara de Diputados, del Senado y del Presidente de la República.** En todos estos casos, las

gestión judicial pendiente de tramitación; (4) que el precepto tenga rango legal; (5) que de los antecedentes acompañados aparezca que el precepto impugnado resultará decisivo en la resolución del asunto, y (6) que tenga fundamento plausible.

²⁰⁵ Al respecto señala el artículo 47 B de la LOC del Tribunal Constitucional: “El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberán indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas.”

²⁰⁶ Art. 47 F inc. final de la LOC del Tribunal Constitucional.

²⁰⁷ Art. 93 inc. 11° de la CPol y artículo 47 G de la LOC del Tribunal Constitucional.

personas u órganos tendrán un plazo de 20 días para **formular observaciones y presentar antecedentes**.²⁰⁸

Posteriormente se traerán los autos en relación, y luego se realizará la **audiencia de la vista de la causa** ante el pleno del Tribunal. La declaración de inaplicabilidad requiere del voto conforme de la mayoría de los miembros en ejercicio del Tribunal, esto es, al menos seis de sus integrantes²⁰⁹.

La sentencia deberá notificarse a o las partes que formularon el requerimiento y comunicarse al juez o sala de tribunal que conoce del asunto.²¹⁰

Declarada la inaplicabilidad, el tribunal que está conociendo de la gestión deberá prescindir del precepto, debiendo buscar otra regla legal que lo ayude a resolver el asunto. A falta de norma jurídica pertinente, fallará apoyado en los principios generales de derecho y en la equidad, por el principio de inexcusabilidad.

Cabe señalar que excepcionalmente y por razones fundadas el Tribunal Constitucional podrá declarar la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas basándose exclusivamente en fundamentos constitucionales distintos a los invocados por las partes; pero deberá advertirles acerca del uso de ese posible precepto constitucional no invocado.²¹¹

2. Función del Tribunal Constitucional de resolver acerca de la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable (artículo 93 N°7 de la Constitución)

²⁰⁸ Art. 47 H de la LOC del Tribunal Constitucional.

²⁰⁹ Art. 47 I de la LOC del Tribunal Constitucional en relación al art. 43, y art. 93 N°6 de la Constitución.

²¹⁰ Art. 47 M de la LOC del Tribunal Constitucional.

²¹¹ Art. 47 J de la LOC del Tribunal Constitucional.

En el ejercicio de otra forma de control *a posteriori* el **artículo 93** de la Constitución Política de la República, en su **Nº7** dispone que compete al Tribunal Constitucional:

“Resolver, por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable de conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior.”

a. Objetivos y orígenes

En la Comisión de Constitución del Senado, el ministro Eugenio Valenzuela manifestó que, pese a que todos los Tribunales Constitucionales permitían entablar directamente una acción de inconstitucionalidad, él prefería discrepar de lo anterior y ser más conservador, por dos motivos. “Primero, porque cree que las instituciones no deben tener cambios muy bruscos (...). Segundo, porque quienes integran este Tribunal son humanos y lo más grave que puede hacer un ministro de un Tribunal de esta índole es dejar sin efecto una ley vigente que fue aprobada por los Poderes Ejecutivo y Legislativo, lo cual puede convertirse en algo irreversible.”²¹²

Siguiendo dicha proposición, la norma aprobada por el Senado en primer trámite, establecía que después de tres fallos uniformes que declararan la inaplicabilidad de un precepto legal, el Tribunal en pleno –de oficio o a petición de parte- podría declarar la inconstitucionalidad de ese precepto legal por dos tercios de sus miembros, lo que produciría efectos *erga omnes*.

Sin embargo, al pasar el proyecto en segundo trámite a la Cámara, se modificó dicha regla aprobándose la siguiente: “Decidir la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el número anterior. El Tribunal conocerá estos asuntos en pleno y para declarar la inconstitucionalidad de un precepto de rango legal, deberá hacerlo por los dos tercios de sus miembros en ejercicio.”

²¹² Citado por SILVA BASCUÑÁN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María Pía. Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional. op. cit. p.24.

Así, lo que aprobó el Congreso pleno fue que el Tribunal Constitucional efectuara el juicio de constitucionalidad en el mismo fallo en que se hubiera declarado inaplicable un precepto legal.

Sin embargo, posteriormente el veto enviado por el Presidente Lagos al Congreso, consideró que dicha regla impedía que se produjera una nueva vista de la causa para solicitar la opinión al Congreso y al Presidente de la República, con lo cual el Tribunal podía ser cuestionado por constituirse en un contrapoder democrático, desnaturalizándose su labor e impidiéndose que actuara con la debida prudencia. Por lo anterior, el veto propuso distinguir la acción de inaplicabilidad de la de inconstitucionalidad, de modo que esta última acción sólo pudiera ser ejercida una vez declarada la inaplicabilidad, de modo que existiera un nuevo examen de admisibilidad. Finalmente, con el objeto de no seguir adelante con acciones de inaplicabilidad sobre el mismo precepto, permitió que al Tribunal proceder de oficio.

En consecuencia, lo que definitivamente se aprobó fue que el Tribunal Constitucional, por los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, puede declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal que ya haya sido declarado inaplicable, pudiendo efectuarse de oficio o por petición, existiendo al efecto una acción popular.

Finalmente, cabe hacer presente que con la reforma del año 2005 surgió la duda respecto de si cualquier tribunal podría prescindir de la norma derogada por la Constitución posterior incompatible, o si sólo podía hacerlo el Tribunal Constitucional.

Al respecto, durante la discusión surgida en la Comisión de Constitución del Senado, el ministro Tribunal don Eugenio Valenzuela expresó que la derogación era un problema o vicio de inconstitucionalidad, y por tanto, sólo debía ser conocido por el Tribunal Constitucional.

Por su parte, los autores SILVA BASCUÑÁN y SILVA GALLINATO son de la opinión “determinar la derogación tácita de una ley dictada con anterioridad a la Constitución vigente, desde un punto de vista netamente jurídico, se traduce en la simple la

constatación [sic] de que la ley no tiene vigencia y no subsiste, por lo que cualquier tribunal podría desconocerle valor. Sin embargo, como se privó a la Corte Suprema – órgano cúspide del Poder Judicial- del conocimiento de las inaplicabilidades (...), lo más probable es que ahora, con mayor razón, un tribunal de inferior jerarquía se sentirá inhibido para declarar la derogación tácita de la ley por pugnar con la Carta, y frente a la duda que le plantee un asunto de esa naturaleza, acudirá al Tribunal Constitucional.”²¹³

b. Características

Primero, al igual que en el recurso de inaplicabilidad, se trata de un control *a posteriori* o represivo, que por tanto opera respecto de un precepto legal ya promulgado y en vigencia.

Segundo, por expreso mandato del artículo 47 Ñ de la LOC del Tribunal Constitucional, la acción de inconstitucionalidad “no podrá promoverse respecto de un tratado ni de una o más de sus disposiciones.”

Tercero, se establece una acción pública para interponer este recurso, sin perjuicio de la facultad del Tribunal Constitucional de abocarse de oficio a conocer y fallar respecto de la constitucionalidad de un determinado precepto legal.²¹⁴

Cuarto, como se adelantó, se requiere que previamente el Tribunal Constitucional haya dictado una sentencia declarando inaplicable el precepto legal en cuestión en un caso concreto. Por lo tanto, para que pueda declararse la inconstitucionalidad de una norma legal, es necesario que dicha resolución se funde exclusivamente en la

²¹³ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. y SILVA GALLINATO, María Pía. Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional. op. cit pp.17 y 18.

²¹⁴ La primera vez que el Tribunal Constitucional actuó de oficio y declaró que un determinado precepto legal es inconstitucional fue en la causa rol N°681-2006 INC respecto del artículo 116 del Código Tributario, que será explicado en el Capítulo V del presente trabajo.

infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos por la sentencia de inaplicabilidad que le sirve de sustento.²¹⁵

Finalmente, a diferencia de la acción de inaplicabilidad, “a través del conocimiento de la acción de inconstitucionalidad, el Tribunal debe confrontar la regla legal con la Carta, efectuando para ello un análisis en abstracto y doctrinario de ambas normas, sin tener en cuenta la aplicación que esa ley haya tenido en un caso concreto y particular.”²¹⁶

c. Tramitación

Actualmente, el procedimiento de tramitación de la acción de inconstitucionalidad, está regulado en el artículo 93 inciso 12 de la Constitución, y en los artículos 47 Ñ a 47 Y de la LOC del Tribunal Constitucional.

Como señalamos, cualquier persona tiene **legitimidad activa** para interponer el recurso mediante acción pública, o bien puede ser iniciado de oficio por el Tribunal. Cuando el tribunal actúa de oficio, lo declarará así en una resolución fundada que individualizará la sentencia de inaplicabilidad que la sustenta y las disposiciones constitucionales que estima transgredidas.²¹⁷

Cuando la cuestión de constitucionalidad es promovida mediante acción pública, deberá indicarse la sentencia de inaplicabilidad previa que lo sustenta y los argumentos constitucionales que le sirven de apoyo. De no cumplirse con estos requisitos, el requerimiento se tendrá por no presentado²¹⁸.

Dentro de los diez días siguientes a que el requerimiento se admita a tramitación, el Tribunal Constitucional se pronunciará sobre su **admisibilidad**. De conformidad al

²¹⁵ Art. 47 V de la LOC del Tribunal Constitucional.

²¹⁶ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. y SILVA GALLINATO, María Pía. Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional. op. cit. pp.25 y 26.

²¹⁷ Art. 47 O de la LOC del Tribunal Constitucional.

²¹⁸ Art. 47 P inc. 1° de la LOC del Tribunal Constitucional.

artículo 47 R de la LOC del Tribunal Constitucional, se declarará la inadmisibilidad de la cuestión de constitucionalidad promovida mediante acción pública:

“1° Cuando no exista sentencia previa que haya declarado la inaplicabilidad del precepto legal impugnado, y
2° Cuando la cuestión se funde en un vicio de inconstitucionalidad distinto del que motivó la declaración de inaplicabilidad del precepto impugnado.”

La declaración que declare la admisibilidad o inadmisibilidad no es susceptible de recurso alguno.²¹⁹

Declarada la admisibilidad, el Tribunal Constitucional deberá comunicar la resolución respectiva y el requerimiento **a la Cámara de Diputados, al Senado y al Presidente de la República**, los cuales tendrán un plazo de veinte días para **formular observaciones y acompañar antecedentes**.²²⁰

Posteriormente se traerán los autos en relación, y luego se realizará la **audiencia de la vista de la causa** ante el pleno del Tribunal. La declaración de inaplicabilidad requiere del voto conforme de la mayoría de **cuatro quintos de los miembros en ejercicio**, esto es, de ocho de sus miembros. Este quórum altísimo se explica por la necesidad de que no existan dudas en el órgano acerca del vicio, y por el drástico efecto que conlleva.

La declaración de inconstitucionalidad deberá **publicarse** en el Diario Oficial dentro de tercero día, y trae como consecuencia que se produce la derogación de todo o parte de la ley desde dicha publicación, no produciendo efecto retroactivo.²²¹

3. Sistema jurídico y “derogación” por inconstitucionalidad

²¹⁹ Art. 47 R inc. final de la LOC del Tribunal Constitucional.

²²⁰ Art. 47 S de la LOC del Tribunal Constitucional.

²²¹ Art. 94 incs. 3° y 4° de la CPol y artículo 47 W de la LOC del Tribunal Constitucional.

Como ya ha sido señalado, el artículo 93 de la Constitución de la República de Chile establece cuáles son las atribuciones del Tribunal Constitucional. Específicamente en su numeral 7° dispone que una vez declarada la inaplicabilidad de una norma de carácter legal por su inconstitucionalidad, habrá acción pública para solicitar derechamente su inconstitucionalidad, sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional pueda declararlo de oficio.

Lo que se analizará en este capítulo es el efecto que tiene la sentencia del Tribunal Constitucional que declarara uno o varios preceptos legales inconstitucionales. La disposición que se refiere a ello no es del todo clara: "...el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo".

Por su parte, la última jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la materia reconocía que ésta tenía atribuciones para declarar la derogación de una ley por la vía de declarar su inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Ahora bien. Desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico, la derogación no tiene un significado claro. Es más, su tratamiento legal (artículos 52 y 53 del Código Civil) confunde instituciones, bajo la asunción errada de que la derogación expresa y tácita obedecen a un común denominador (la capacidad del legislador de excluir normas del sistema jurídico), perdiendo de vista distinciones categoriales relevantes.²²²

Para una descripción breve del problema y del significado y efectos que deban otorgarse a la derogación de un precepto legal de una norma declarada

²²² "Desde la perspectiva de su función y posición estructural en el sistema jurídico, el fundamento de la distinción entre derogación expresa y derogación tácita debe ser considerado algo más profundo y complejo que la diferencia que existe entre explicitar o no el contenido de la voluntad...En todo caso, es claro que ese fundamento hace que una y otra derogación no puedan ser reconducidas a un común denominador desde un punto de vista conceptual ni desde un punto de vista institucional." Sobre la distinción entre derogación expresa y derogación tácita". BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio. Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. 2000, p 229.

inconstitucional por una sentencia del Tribunal Constitucional, es preciso evaluar, en primer lugar, qué debe entenderse por sistema jurídico, en el entendido, *prima facie*, que lo que hace la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la norma es derogar (excluir) dicha norma del sistema jurídico. En segundo lugar, es preciso determinar el estatus de una norma excluida del sistema jurídico, lo que llevará, previa e ineludiblemente, a la discusión sobre las características que hacen a una norma existente o inexistente. Por último, quedará abierto el problema del estatus de la norma declarada inconstitucional y los efectos que genera la declaración de inconstitucionalidad de dicha norma.

a. Orden jurídico y sistema jurídico

Cuando Hans Kelsen realizó la distinción entre sistema jurídico dinámico y estático, la dogmática jurídica ha interpretado y reinterpretado la forma como debe entenderse un sistema jurídico, o más bien, de qué se habla cuando se predica de un sistema que es jurídico. Sin pretender ahondar en este tema, sí resulta relevante distinguir²²³ (como se verá más adelante), el hecho que un sistema jurídico no sólo puede ser definido por las normas que lo componen o las normas “dadas”, sino que a ello es necesario incorporar el tiempo y la facultad de ciertos órganos, que revestidos de la competencia necesaria y actuando de acuerdo a procedimientos determinados, pueden crear o excluir normas del sistema jurídico.

Cuando se considera como parte de un sistema jurídico aquellas normas que facultan a ciertos órganos a crear o excluir normas jurídicas, se trata de un **sistema jurídico dinámico**. En palabras de los profesores Carlos ALCHURRÓN y Eugenio BULYGIN, “[u]n sistema jurídico no tiene un contenido ‘fijo’, como ocurre con los sistemas estáticos (por ejemplo un sistema de geometría: su contenido queda fijado una vez que se fijan sus axiomas y las reglas de inferencia y no está sujeto a cambios ulteriores). En cambio, en los sistemas dinámicos pueden introducirse nuevas normas

²²³ Para los efectos de evaluar las consecuencias de la facultad del Tribunal Constitucional de derogar una norma por su inconstitucionalidad.

al sistema y pueden eliminarse normas que pertenecían al sistema: su contenido es distinto en cada momento temporal”²²⁴.

Dado lo anterior, es fácil ver que el estatus en el sistema jurídico de la norma derogada por inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional no puede perder de vista el análisis previo de dicho sistema jurídico. Así, de acuerdo a los profesores Alchurrón y Bulygin, entender el sistema jurídico como un sistema dinámico implica, entre otras cosas, que cada vez que una norma es introducida (creada) o excluida (derogada) del sistema jurídico, se genera otro sistema nuevo, distinto del anterior.

En efecto, conforme al carácter dinámico de los sistemas jurídicos, la constante creación y eliminación de normas, genera tantos sistemas jurídicos como normas introducidas o excluidas en tantos tiempos determinados. Así, un sistema jurídico X, al que se le incorpora una norma N, dejará de existir como X, dando paso a otro sistema jurídico Xn. Y si en el sistema jurídico Xn se deroga la norma M, se generará otro sistema jurídico Xn-m.²²⁵ En palabras de los mencionados autores, “es importante tener presente que un sistema dinámico de normas no es un conjunto de normas, sino una secuencia de conjuntos: en cada momento temporal el conjunto de las normas que pertenecen al sistema es distinto”²²⁶

La diferenciación y complejidad de cada uno de los sistemas jurídicos que se suceden en el derecho moderno (evidentemente fugaz), abrumaría a cualquier persona que pretenda fijar “un” sistema jurídico. Sería como cazar y nombrar a cada una de las abejas de un panal, una por una.

²²⁴ ALCHURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. Sobre la existencia de las normas jurídicas. Valencia, Venezuela. Oficina Latinoamericana de Investigaciones jurídicas y sociales, Rectorado, Facultad de Derecho, 1979. p. 67, citado en SAUCA, José María. Cuestiones lógicas en la derogación de las normas. 1ª ed. Distribuciones Fontarama. p. 18.

²²⁵ Aunque las consecuencias de los argumentos de Alchurrón y Bulygin sobrepasan el tema de la tesis, son de gran ayuda para el lector que pretenda entender y tratar de modo adecuado la supuesta derogación por inconstitucionalidad.

²²⁶ ALCHURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. Sobre la existencia de las normas jurídicas. Valencia, Venezuela. Oficina Latinoamericana de Investigaciones jurídicas y sociales, Rectorado, Facultad de Derecho, 1979. p. 68, citado en SAUCA, José María. Cuestiones lógicas en la derogación de las normas.op. cit. p 18.

Sin embargo, la idea de varios sistemas jurídicos que se suceden no debe asustarnos dado que “[l]o que permanece invariable y permite hablar del mismo sistema (es decir, lo que le da identidad al sistema) son los criterios de identificación de las normas que pertenecen al sistema en cada momento”²²⁷

Es claro que los criterios de identificación o de pertenencia que determinan qué debe tenerse por norma en un determinado sistema jurídico, o la definición o enmarque de criterios que reconozcan qué actos pueden modificar válidamente un sistema jurídico, es un tema complicado y que excede el ámbito de este trabajo. Sin embargo, es preciso señalar que, en principio, el procedimiento para generar o derogar normas de parte del legislador (y en nuestro caso por parte del Tribunal Constitucional) cuentan como criterios de reconocimiento y son actos válidos para modificar un sistema jurídico (sea por introducción o por exclusión).

De conformidad con lo anterior, BULYGIN señala que:

“Establecer cuáles son los criterios de pertenencia de un sistema dado es un problema importante y complejo. Un criterio es la competencia de la autoridad que ha dictado la norma, una norma válida si ha sido dictada (creada, promulgada) por una autoridad competente (...) Pero a veces una norma es considerada como perteneciente a un sistema si existe una práctica firmemente establecida de obedecer esa norma o cuando la norma en cuestión ha sido usada por los tribunales para justificar sus decisiones. De tal manera los diferentes criterios de pertenencia determinan diversas fuentes del derecho: legislación, costumbre, precedente etc.”²²⁸

Pues bien, dos criterios de pertenencia o de identificación aceptables de modo intuitivo que delinear un sistema jurídico son “las reglas de introducción que indican cuándo una norma pertenece al sistema, y las reglas de eliminación que indican cuándo una norma deja de pertenecer al sistema”.²²⁹ Es evidente que las reglas que determinan

²²⁷ ALCHURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. Sobre la existencia de las normas jurídicas. Valencia, Venezuela. Oficina Latinoamericana de Investigaciones jurídicas y sociales, Rectorado, Facultad de Derecho, 1979. p. 68, citado en SAUCA, José María. Cuestiones lógicas en la derogación de las normas.op. cit. p 18.

²²⁸ BULYGIN, Eugenio. Análisis lógico y Derecho. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 1991, p. 196.

²²⁹ ALCHURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. Sobre la existencia de las normas jurídicas. Valencia, Venezuela. Oficina Latinoamericana de Investigaciones jurídicas y sociales,

cuándo una norma deja de formar parte del sistema²³⁰ es el tema que se vincula con la tesis, dado que la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica por parte del Tribunal Constitucional, excluye dicha norma del sistema jurídico.

De acuerdo a lo afirmado por los profesores Alchurrón y Bulygin, las reglas que indican cuándo una norma deja de pertenecer a un sistema jurídico, realizan tres cosas distintas: “a) indican qué normas se eliminan como consecuencia de un acto de rechazo, b) indican qué normas se eliminan en caso de conflictos entre actos de rechazo y actos de promulgación y, c) indican qué normas se eliminan en caso de conflicto (contradicción) entre normas, para asegurar la coherencia del sistema”²³¹.

Entonces, una vez que se da cuenta que los sistemas jurídicos modernos son eminentemente dinámicos (hay tantos sistemas jurídicos en el tiempo como modificaciones se realicen al sistema “original”) y que los criterios de pertenencia son reglas que permanecen inmutables²³², el profesor Bulygin establece una nueva terminología para evitar confusiones. Un sistema jurídico es un conjunto de normas (N) en un tiempo determinado (T) conforme a ciertos criterios de pertenencia (P); por tanto, cada vez que se introduzcan o excluyan normas de ese sistema jurídico, éste mutará y se convertirá en otro sistema jurídico. En cambio, orden jurídico es el total de todas las secuencias de los diversos sistemas jurídicos en el tiempo.

Rectorado, Facultad de Derecho, 1979. p. 69, citado en SAUCA, José María. Cuestiones lógicas en la derogación de las normas.op. cit. p 18.

²³⁰ Es importante hacer presente que cuando se dice que una norma deja de pertenecer al sistema jurídico, ello no implica que la norma deja de pertenecer al sistema jurídico anterior (perteneció al orden jurídico). Esta es una de las importancias funcionales de distinguir entre varios sistemas jurídicos secuenciales.

²³¹ ALCHURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. Sobre la existencia de las normas jurídicas. Valencia, Venezuela. Oficina Latinoamericana de Investigaciones jurídicas y sociales, Rectorado, Facultad de Derecho, 1979. p. 68, citado en SAUCA, José María. Cuestiones lógicas en la derogación de las normas.op. cit. p 18.

²³¹ BULYGIN, Eugenio. Análisis lógico y Derecho. op. cit p. 196.

²³¹ ALCHURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. Sobre la existencia de las normas jurídicas. Valencia, Venezuela. Oficina Latinoamericana de Investigaciones jurídicas y sociales, Rectorado, Facultad de Derecho, 1979. p. 69, citado en SAUCA, José María. Cuestiones lógicas en la derogación de las normas.op. cit. p 19.

²³² Cuando se dice inmutabilidad no se refiere a que la regla de cambio deba ser siempre la misma. Lo que permanece inmutable es la existencia de una regla de cambio.

En sus palabras “por “sistema jurídico” entenderé un conjunto de normas válidas en un cierto momento conforme a algunos criterios de pertenencia, mientras que la expresión “orden jurídico” será siempre usada para referirse a una secuencia de sistemas jurídicos. De esta manera el orden jurídico no es un conjunto normas, sino una familia de tales conjuntos: todos los sistemas momentáneos de un cierto intervalo de tiempo pertenecen al orden.”²³³

Esta distinción resulta del todo relevante para el análisis del estatus de una norma derogada. Porque como se verá en el siguiente apartado, una norma que es excluida del sistema mediante un acto de rechazo autorregulado por el sistema (por ejemplo, reglas de derogación de parte del legislador), deja de pertenecer al sistema jurídico y, sin embargo, sigue siendo parte del orden jurídico.

b. Modos en que una norma “existe”

Como recién se señaló, cuando una norma es derogada ella deja de pertenecer al sistema jurídico del que fue excluida ¿Significa esto que la norma “deja de existir”? Claro que no. La exclusión de una norma de tal o cual sistema debe sujetarse a lo ineludible: el tiempo (especialmente al pasado).

Así, si mediante un acto de rechazo el legislador decide excluir una norma del sistema jurídico que regula el derecho de los contratos, los contratos celebrados con anterioridad a la derogación -es decir, celebrados bajo la vigencia de la norma que excluida- quedarán igualmente sujetos a la norma derogada.

Es más, esto no sólo ocurre con las normas derogadas. Si el legislador crea una norma que despenaliza el aborto, dicha ley no pertenece al sistema jurídico anterior (la ley sólo rige para el futuro), pero sin embargo debe ser aplicable a todos los casos (ejecutados, condenados, acusados, investigados) anteriores conforme al principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable.

²³³ BULYGIN, Eugenio. Análisis lógico y Derecho. op. cit p. 197.

En consecuencia, es claro que cuando se dice que una norma es válida o existente así sin más, no se clarifica nada. Es preciso definir qué se entiende por validez. De la definición se sacarán algunas conclusiones que serán útiles para el entendimiento de la facultad del Tribunal Constitucional para derogar normas legales por su inconstitucionalidad.

De acuerdo a lo señalado por el profesor Bulygin, “[s]e puede señalar que una norma es válida en el sentido de que pertenece a un sistema jurídico. Este concepto de validez es descriptivo, porque la oración ‘p es válida’ es una proposición prescriptiva y no una norma. Además, es un concepto relativo: se trata de una relación entre una norma y un sistema normativo...”²³⁴

Al referirse a este concepto de validez, Bulygin se afirma que un enunciado cualquiera pertenece a un sistema jurídico **(a)** si es que los criterios de identificación así lo determinan. En otras palabras una norma es válida en este sentido si pertenece al sistema jurídico dados los criterios de pertenencia del mismo sistema jurídico.

(b) Una norma también es válida si es que es vinculante a sus destinatarios, es decir, si obliga: “A menudo se dice también que una norma es válida en el sentido de que es obligatoria o tiene “fuerza vinculante”²³⁵. Lo anterior, de acuerdo al mismo autor puede tener dos sentidos diversos o posibles “puede significar una prescripción de obedecer y aplicar la norma, o una proposición descriptiva que informa acerca de la norma, a saber, que es obligatoria de acuerdo a otra norma”²³⁶

La diferencia entre uno y otro sentido del segundo significado de validez se explica porque en el primer caso, la norma es válida dado que ella debe ser obedecida, es una prescripción directa que manda, prohíbe o permite. Así, “decir que una norma es válida es prescribir que ella debe ser obedecida y aplicada: por tanto, conforme a este

²³⁴ BULYGIN, Eugenio. Análisis lógico y Derecho. op. cit p. 195.

²³⁵ BULYGIN, Eugenio. Análisis lógico y Derecho. op. cit, p. 196.

²³⁶ BULYGIN, Eugenio. Análisis lógico y Derecho. op. cit p. 196.

sentido de la oración “p es válida” no es una proposición, sino una prescripción, es decir una norma²³⁷

En cambio, **(c)** el tercer sentido en que una norma puede decirse que es válida es que para un caso X otra norma N prescribe el deber de aplicar la norma N1. En otras palabras, “[s]i existe una norma Ni que prescribe el deber de aplicar otra norma Nj, a un determinado caso, entonces cabe decir que Nj es válida en el sentido que debe ser aplicada conforme a Ni”²³⁸

En consecuencia, es posible distinguir por lo menos tres conceptos de validez de una norma. **(a)** Una norma es válida porque pertenece a un sistema jurídico; **(b)** una norma es válida porque obliga o vincula a ser seguida por sus destinatarios, y **(c)** una norma es válida porque otra norma le prescribe su aplicación. Al primero el autor le denomina pertenencia, al segundo validez y al tercero aplicabilidad.

Así las cosas es perfectamente posible que una norma deje de pertenecer a un sistema jurídico (sea derogada) pero que, sin embargo, siga siendo aplicable. También es posible que una norma pertenezca a un sistema jurídico, pero, para ciertos casos sea inaplicable.

En fin, es posible sostener que una norma derogada sigue siendo válida conforme a lo señalado en este apartado.

Visto lo anterior surge una pregunta ineludible ¿Es derogada la norma declarada inconstitucional por parte del Tribunal Constitucional? Conforme al texto constitucional chileno, sí. Pero los efectos jurídicos de ello se analizarán en el siguiente apartado.

c. ¿Derogación o Anulación?

²³⁷ BULYGIN, Eugenio. Análisis lógico y Derecho. op. cit, p. 196.

²³⁸ BULYGIN, Eugenio. Análisis lógico y Derecho. op. cit p. 196.

De acuerdo a la teoría general del derecho, los sistemas jurídicos deben tener las características de completitud, coherencia (congruencia) e independencia. El control de constitucionalidad de las normas jurídicas, sea de parte de los tribunales de justicia, sea de parte de tribunales constitucionales obedece a la idea de congruencia.

Por otro lado, los sistemas normativos se caracterizan por ser jerarquizados. Esto significa que dentro de la gran diversidad de normas de un sistema jurídico (contratos, reglamentos, decretos, leyes, normas constitucionales, etc.), hay normas que tiene mayor jerarquía que otras. Precisamente de eso se trata el ideal constitucionalista decimonónico.

En esta gran red de normas jerárquicas, las normas constitucionales son las que tienen mayor peso o fuerza. Esto por cuanto la Constitución y las disposiciones en ella contenidas²³⁹ son las que regulan el sistema político, resguardan al ciudadano del poder del Estado y contienen normas (también de carácter simbólico) respecto de la conformación del Estado. La facultad del Tribunal Constitucional para declarar contraria a la Constitución tal o cual norma se funda en la conformación jerarquizada del sistema normativo (principio de supremacía constitucional). Por tanto, cuando el Tribunal Constitucional decide la constitucionalidad de una norma, lo que haciendo en realidad es resolver una antinomia entre una norma.

En efecto, la declaración de inconstitucionalidad de una determinada norma legal, supone que ésta se encuentra en contradicción (formal o material) con la Constitución y por lo tanto no puede ser considerada como norma válida, dado el carácter jerárquico del sistema normativo.

Sin embargo, ¿es la derogación la “sanción” para esa contradicción? Evidentemente que no.

Ya se señaló que la derogación tenía como efecto la exclusión del sistema jurídico de una norma jurídica pero que, sin embargo, ella seguía teniendo validez. ¿Puede ocurrir

²³⁹ Naturalmente no todo lo contenido en la Constitución es constitucional y pueden haber normas constitucionales que no se encuentren en la Constitución.

lo mismo con una norma que contraviene la Constitución? En otras palabras, ¿puede una norma inconstitucional seguir siendo válida, y por tanto ser aplicable en un orden jurídico?. Claramente no.

Así, el estatus de una norma derogada no puede ni debe ser el mismo que el de una norma declarada inconstitucional, dado que “la ordenación realizada en base al principio de *lex superior* no se parece a la derogación, porque de su aplicación no se sigue nada parecido a la derogación, sino a la declaración de nulidad de la norma inferior.”²⁴⁰

En efecto, la declaración de inconstitucionalidad de una norma supone que dicha norma no se ajusta con el orden jurídico, sea por contradicción formal o material. En otras palabras, lo que ocurre con la norma inconstitucional es que tiene un vicio y por eso se la excluye de un sistema jurídico. Nada de eso, en cambio, ocurre cuando una norma es derogada.

La derogación (y creación de normas) es la facultad de un órgano (el legislador) para excluir reglas del sistema por su sola voluntad. En este sentido la derogación no tiene como fundamento la prohibición de incongruencia que pesa sobre todo orden jurídico – como sí ocurre en el caso de las normas inconstitucionales-. De esta manera:

“[l]a posibilidad institucional de invalidación de la norma de rango inferior en una situación de antinomia es lo que caracteriza la relación institucional entre la estructura jerárquica del sistema jurídico y el concepto de validez. Esta relación es distinta a la existente entre los criterios procedimentales de validez y las normas establecidas conforme a ellos...La relación que existe entre las normas de rango jerárquico superior y las de rango jerárquico inferior, en el sentido del principio de jerarquía, es la prohibición de incongruencia”²⁴¹

La facultad de excluir (derogación) no tiene por objeto mantener la congruencia del sistema. En cambio, la congruencia sí es el fundamento de la facultad del Tribunal

²⁴⁰ AGUILÓ, Josep. Sobre la Derogación, ensayo de dinámica jurídica, 1ª ed. México. Distribuciones Fontamara S.A. 1995, p. 63.

²⁴¹ Bascuñán Rodríguez, Antonio. La aplicación del derecho en el sistema jurídico chileno. Peñalolen. Apuntes de clases del Segundo Semestre del año 2005. Junio 2005

Constitucional de invalidar normas debido a su inconstitucionalidad. Por tanto, esta facultad parecería tener más bien las características de una anulación.

Como consecuencia de todo lo expuesto, es evidente que hay diferencias categoriales entre una y otra exclusión del sistema. Como bien señala Joseph AGUILÓ:

“La derogación y la anulabilidad son instituciones diferentes que cumplen funciones diferentes, producen efectos diferentes y son llevadas a cabo por autoridades diferentes. La derogación de las normas cumple la función de permitir el cambio regular del sistema jurídico (es el resultado de un cambio regular de voluntad normativa); en general, produce el efecto de limitar en el tiempo la aplicación de las normas derogadas, y es llevada a cabo por la autoridad edictora de normas. La declaración de nulidad, por el contrario, cumple la función de impedir los cambios irregulares del sistema (es el resultado de preservar una determinada voluntad normativa); en general, produce el efecto de excluir totalmente la aplicabilidad de las normas declaradas nulas, y es llevada a cabo por la autoridad aplicadora de Derecho”²⁴²

Ahora bien, como hemos visto, el texto constitucional chileno desconoce estas distinciones y establece que un precepto declarado inconstitucional, “se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.”

²⁴² AGUILÓ, Josep. Sobre la Derogación, ensayo de dinámica jurídica. op. cit. p. 104. Es más, Aguiló insiste en que el estatus de una norma derogada es completamente diverso a la de una norma anulada: “Las diferencias entre ambas instituciones se muestran claramente en las diferentes connotaciones que tienen de una norma que es nula y el de una norma que ha sido derogada. Sostener que una norma es nula significa formular un juicio normativo crítico que, básicamente se traduce en la idea de que, desde un punto de vista interno, la norma en cuestión no es justificable. No es integrable dentro de la autoridad unitaria del Derecho. Esta es la razón por la que el juicio de nulidad lleva aparejado la consideración de que la norma nula no debería ser aplicada en la resolución de ningún tipo de caso. Además, el juicio de nulidad también tiene connotaciones críticas en relación con la autoridad normativa que dictó la formulación de normas de la que la norma nula deriva, pues implica sostener que dicha autoridad fue más allá de los límites de su poder normativo violando el deber general de sumisión al orden jurídico en su conjunto. Nada de todo eso está presente en el juicio de que una norma ha sido derogada. Desde un punto de vista interno, quien formula ese juicio, no está diciendo que haya algo normativamente incorrecto en la norma, lo que se traduce en que, en general, dicho juicio lleva aparejada la idea de que la norma debe seguir siendo aplicada a la resolución de casos pendientes. Y si lo prescrito por ella debe ser quiere decir que ella sigue siendo válida. Por otro lado, dicho juicio tampoco tiene connotaciones críticas en relación con la autoridad normativa: quien lo formula reconoce que la autoridad usó una facultad de su poder normativo”. AGUILÓ, Josep. Sobre la Derogación, ensayo de dinámica jurídica. op. cit. p. 104.

El problema queda abierto. Si el efecto de la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la derogación como dice la Constitución chilena, dicha norma ¿seguiría siendo válida, esto es, aplicable? O, en otras palabras, ¿podría ser válida (aplicable-pertenciente) una norma inconstitucional? El hecho de que la derogación no produzca efecto retroactivo debiera darnos a entender que sí. Sin embargo, los efectos de una interpretación como ésta son inconducentes en un sistema jurídico moderno con pretensiones de congruencia.²⁴³

CAPÍTULO V: JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO EN LOS RECURSOS DE INAPLICABILIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD

En este capítulo final se explicarán las ventajas que significaría que el Tribunal Constitucional chileno contara con una teoría de los vicios de inconstitucionalidad, que le permitiera lograr mayor racionalidad y coherencia en sus decisiones, esbozando brevemente a continuación una posible clasificación de los vicios de inconstitucionalidad, de conformidad a la propuesta del profesor Patricio Zapata.

Acto seguido, se procederá a analizar someramente algunas de las sentencias de inaplicabilidad más interesantes que ha dictado el Tribunal Constitucional, así como los únicos fallos en que ha declarado la inconstitucionalidad total o parcial de una norma.

1. Teoría de los vicios de inconstitucionalidad

²⁴³ Esta problemática es tratada por CABALLERO, Felipe en Derecho penal sustantivo y efectos en el tiempo de la sentencia del tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal. Revista de Derecho, Vol. XIX-Nº 2, Diciembre 2006, pp. 161 a 185

En todo ordenamiento jurídico las normas constitucionales necesariamente son más generales que los preceptos infraconstitucionales que deben ajustarse a ellas debido al principio de supremacía constitucional. Por lo anterior, la coherencia entre una y otro es una cuestión de grado o nivel, existiendo una multitud de variantes, y siendo en la práctica irrelevante hipótesis de coherencia perfecta o de incompatibilidad absoluta²⁴⁴. Así, los casos realmente importantes “son aquellos en que se plantea y discute una inadecuación entre la Constitución y el precepto inferior que, no siendo evidente, requiere, por lo mismo, de una cierta explicación o fundamentación.”²⁴⁵ De ahí la importancia, según Patricio ZAPATA de que exista y se aplique coherentemente una teoría sobre los vicios de inconstitucionalidad, la cual otorgue mayor racionalidad y predictibilidad al control del Tribunal Constitucional. De este modo, “en la medida que la jurisprudencia del Tribunal esté anclada en una doctrina conocida de antemano, las eventuales declaraciones de inconstitucionalidad gozarían de mayor legitimidad y prestigio.”²⁴⁶

Por otro lado, el concepto de vicio refuerza la función cooperadora entre el poder judicial y legislativo, pues muestra que el juicio de reproche recae única y exclusivamente en la norma defectuosa, pero no en las motivaciones del legislador. De este modo, siempre debe distinguirse entre la razón que torna inconstitucional una regla jurídica (el vicio) otras apreciaciones, ya sean positivas o negativas, que pueda merecer una determinada norma. En otras palabras, la ilegitimidad de una norma a la luz del parámetro constitucional no significa necesariamente una discusión sobre su mérito desde otro punto de vista, como el económico o el ideológico.

²⁴⁴ Como explica Patricio Zapata, “[l]a primera posibilidad, coincidencia absoluta, es poco relevante desde el momento en que ella se produce, en realidad, sólo cuando la norma infraconstitucional se limita a repetir literalmente, letra por letra, el mandato constitucional. Nadie dudará, por supuesto, de la constitucionalidad tan redundante como superflua disposición. (...)

En cuanto a la absoluta incompatibilidad, aquella que se produce cuando, por ejemplo, el precepto subconstitucional niega expresa y perentoriamente lo que la Carta Fundamental ordena clara y categóricamente, podrá convenirse que desafíos tan groseros como ese debieran ser de muy rara ocurrencia.” ZAPATA LARRAÍN, Patricio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. op.cit. pp.95 y 96.

²⁴⁵ ZAPATA LARRAÍN, Patricio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. op.cit. pp.95 y 96.

²⁴⁶ ZAPATA LARRAÍN, Patricio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. op.cit. nota al pie 2, p. 96.

Así las cosas, una teoría de los vicios de inconstitucionalidad debe, en primer lugar, identificar y clasificar los distintos defectos de inconstitucionalidad que podría tener un acto jurídico de autoridad y, en segundo lugar, tratar de definir cuál/es es/son la/s respuesta/s estándar el Tribunal frente a cada tipo de vicio.

Para determinar cuáles pueden ser dichos vicios, Zapata opta por un concepto objetivo que atiende a la antijuridicidad de una norma. Así, a *contrario sensu* del concepto de “juridicidad”,

“la antijuridicidad puede resultar tanto de la grave falta de razonabilidad, o justicia de la orden como de la falta de competencia del autor de la orden o de su incompatibilidad con otras órdenes positivas, anteriores o de superior jerarquía.

Muchas veces, por supuesto, una misma orden viola, al mismo tiempo, principios de razonabilidad y reglas positivas de jerarquía, competencia y procedimiento (...).

No hay que descartar, sin embargo, que una determinada orden plenamente ajustada a los parámetros positivos del sistema jurídico represente, sin embargo, un atentado a la razonabilidad o la justicia.”²⁴⁷

Una de las expresiones concretas más importantes de la antijuridicidad es la inconstitucionalidad, que se configura cuando las circunstancias o contenidos de una norma jurídica resultan objetivamente contradictorios con los mandatos de la Constitución. La inconstitucionalidad como vicio aparece como consecuencia de aplicar el principio de supremacía constitucional en la resolución de una contradicción lógico-jurídica entre la norma superior y una norma inferior. En efecto, como explica Zapata:

“De acuerdo al ‘principio de no contradicción’, clave para el razonamiento en general, ningún enunciado puede ser verdadero y falso a la vez. Un corolario de tal predicado es que ante dos proposiciones contradictorias únicamente caben dos alternativas: ambas son falsas o, bien, sólo una de ellas es verdaderas. Pues bien, así como la lógica no acepta que dos proposiciones contradictorias sean ambas verdaderas, el Derecho no acepta que dos normas contradictorias sean válidas al mismo tiempo.

²⁴⁷ ZAPATA LARRAÍN, Patricio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. op.cit. pp. 97 y 98.

Existiendo discrepancia entre Carta Fundamental y la ley, o el proyecto de ley, la primacía jerárquica de la Constitución resuelve siempre la contradicción en favor de la norma superior.²⁴⁸

Por tanto, toda declaración de inaplicabilidad o inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, necesariamente presupone la existencia de un vicio de inconstitucionalidad.

Dado todo lo anteriormente expuesto, puede efectuarse la siguiente clasificación respecto de los principales vicios de inconstitucionalidad:²⁴⁹

- a) Vicios de validez por una deficiente formación de la voluntad del agente legislativo. Esto se configura cuando “la decisión del autor de la norma es consecuencia de una errada apreciación de la realidad o bien cuando ella es el fruto directo de una presión grave e injusta.”²⁵⁰
- b) Vicios de validez que derivan directamente del contenido o mensaje de la norma jurídica (discrepancia entre el contenido de la norma y los preceptos constitucionales sustantivos pertinentes). Esta situación comprende, a su vez, dos hipótesis: (i) la existencia positiva de un texto transgresor de la Constitución y (ii) la omisión de elementos requeridos por el ordenamiento constitucional.
- c) Vicios de validez que consisten en imperfecciones que afectan al precepto en cuanto continente o mensajero (falta de requisitos procesales exigidos por la Carta Fundamental para la tramitación y dictación válida de una norma). Esta hipótesis también admite una doble modalidad: (i) falta de competencia de quien dicta la norma; o (ii) incumplimiento de los procedimientos prescritos por la Constitución Política.

²⁴⁸ ZAPATA LARRAÍN, Patricio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. op.cit. p. 98.

²⁴⁹ Esta clasificación es de Patricio Zapata. Al respecto debe tenerse presente que esta clasificación fue formulada cuando el Tribunal Constitucional se limitaba a analizar la constitucionalidad de los proyectos de ley, lo que no obsta a que se extienda a las demás normas jurídicas cuya constitucionalidad conoce y declara actualmente dicho tribunal tras la reforma del año 2005. Véase ZAPATA LARRAÍN, Patricio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. op.cit. pp. 102 y ss.

²⁵⁰ ZAPATA LARRAÍN, Patricio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. op.cit. p.102.

Así las cosas, el parámetro de la antijuridicidad –que, como se explicó, comprende también a la inconstitucionalidad- tiene la virtud de permitir la identificación y neutralización de vicios o defectos que no podrían ser detectados por otros parámetros, por ejemplo, el que atiende sólo a la validez lógico-formal. Así lo demuestran, por ejemplo, las siguientes situaciones:

- a) Hipótesis en que una norma jurídica es producto de una deficiente formación de la voluntad del agente legislativo, por ejemplo, por una errada apreciación de la realidad o bien cuando ella es el fruto directo de una presión grave e injusta.
- b) Hipótesis en que existe una desvinculación entre la norma jurídica y su fin. Este caso es el caso en que la actuación jurídica del órgano estatal se ajusta formalmente a los preceptos de la Constitución, pero en la práctica y para el caso concreto, tiene efectos injustos, no razonables o contrarios a la dignidad de la persona humana. Esto puede ocurrir, ya sea porque los órganos estatales han perseguido deliberadamente un objetivo distinto del fin de la institución o regulación de que se trata; o bien porque, sin mediar una voluntad desviada, un cambio significativo en las circunstancias de lo regulado, hace que los efectos de la norma, que eran justos o razonables, se conviertan injustos o no razonables.
- c) La hipótesis más compleja que es aquella en que existe derechamente una norma positiva injusta, la cual sin embargo está respaldada directa y expresamente por disposiciones constitucionales atentatorias de los derechos fundamentales de las personas.²⁵¹

Concluye Zapata señalando que “por insignificante o excusable que parezca, todo, y cualquier, vicio de inconstitucionalidad debe ser corregido. En consecuencia, constatada la existencia de un vicio de inconstitucionalidad cualquiera sea éste, el TCCh [Tribunal Constitucional chileno] no puede sino cumplir su deber de defender la supremacía constitucional y neutralizar el atentado al ordenamiento fundamental.”²⁵²

²⁵¹ ZAPATA LARRAÍN, Patricio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. op.cit. pp. 111 y 112.

²⁵² ZAPATA LARRAÍN, Patricio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. op.cit. p.117.

Sin perjuicio de ello, por aplicación del principio de “deferencia razonada” el Tribunal debe privilegiar aquellas soluciones que, cumpliendo el objetivo de enervar dichos vicios, permitan mantener la producción legislativa que es posible rescatar.

2. Algunos fallos en que el Tribunal Constitucional ha declarado la inaplicabilidad de una norma, y posiblemente ésta pueda ser declarada inconstitucional

Como cuestión preliminar cabe hacer presente que las declaraciones de inaplicabilidad dictadas por el Tribunal Constitucional por lo general se han fundado en el hecho que un determinado precepto legal infringe los derechos fundamentales de las personas que consagra la Constitución. De este modo se ha producido el llamado “efecto de irradiación de los derechos fundamentales” a todo el ordenamiento jurídico²⁵³, lo que deja en evidencia que cada día la Carta Fundamental adquiere mayor influencia en los distintos aspectos del ordenamiento jurídico (lo que se ha llamado “constitucionalización del derecho chileno”).

Así las cosas, como bien lo señala la profesora Ana María GARCÍA, “la inaplicación de una de sus normas [de un Código de la República] es una muestra de la forma en que la Constitución va gravitando e influyendo en el ordenamiento jurídico, con el propósito de que éste se ajuste verdaderamente a la preceptiva constitucional, lo que representa una muestra evidente del actual proceso de constitucionalización del derecho chileno.”²⁵⁴

Consecuentemente con lo anterior, a continuación se hará referencia a dos de las declaraciones de inaplicabilidad más relevantes de los últimos años: una, por ser la

²⁵³ Concepto utilizado por ALDUNATE, Eduardo en El efecto de irradiación de los derechos fundamentales. La constitucionalización del derecho chileno. Universidad Austral de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 13; mencionado por GARCÍA BARZELATTO, Ana María. Influencia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como nueva atribución del Tribunal Constitucional. op. cit. p. 118.

²⁵⁴ GARCÍA BARZELATTO, Ana María. Influencia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como nueva atribución del Tribunal Constitucional. op. cit. p. 119.

primera que declara inaplicable una norma del Código Civil, y la otra por referirse a un precepto legal que políticamente ha sido muy criticado y probablemente sea declarado inconstitucional y por tanto, eliminado del ordenamiento jurídico.

a. Sentencia de 10 de junio de 2008 que declaró inaplicable el artículo 2.331 del Código Civil para la causa rol N°2429-2007, seguida ante el 18° Juzgado Civil de Santiago ²⁵⁵

El primer artículo del Código Civil en ser declarado inaplicable fue el 2331, que establece:

“Las imputaciones injuriosas contra el honor o crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación.”

El requerimiento ante el Tribunal Constitucional fue hecho por un abogado que había demandado en juicio ordinario por indemnización de perjuicios a sus ex socios, porque al haber sido excluido por éstos del estudio jurídico del que formaba parte, se había afectado gravemente su honor, su intimidad y sus derechos como abogado.

En este contexto, argumentó que era inaplicable el mencionado artículo 2331 por estimar que infringía el artículo 19 N°4 de la Constitución Política que asegura el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia “sin limitación alguna, no existiendo autorización constitucional para que la ley afecte en lo esencial este derecho fundamental.”

Esto en cuanto el citado precepto legal establecía una limitación al ejercicio del derecho al respeto y protección de la vida privada, ya que sólo admitía la indemnización del daño causado por una imputación injuriosa cuando se probaba que se había causado

²⁵⁵ Rol 943-07-INA.

un empobrecimiento patrimonial en la víctima, y además negaba la indemnización del daño exclusivamente moral.

Por su lado, la parte demandante en la gestión pendiente sostuvo que del artículo 19 N°4 de la Constitución no se deduce que a toda persona se le asegure una indemnización del daño moral por vulneración a su honra, atendido a que ello no forma parte del núcleo esencial de dicha garantía. Del mismo modo, la Constitución no establece si las indemnizaciones que procedan por posibles atentados a la honra incluyen o excluyen el daño moral y tampoco se regula la forma en que debe protegerse la honra, pues ello queda entregado al legislador. Más aún, en el ordenamiento jurídico chileno la protección a la honra está asegurada, entre otras, por los tipos penales del delito de injurias y de calumnia.

Finalmente agrega que el artículo impugnado no sería aplicable para la resolución del juicio que se sigue entre las partes, ya que por un lado el mismo requerimiento ha señalado en la causa judicial pendiente que dicho precepto se encontraría derogado, y por otro, tampoco la defensa se basa en dicha disposición legal, razón por la cual el cuestionamiento que se plantea no sería un problema de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, sino que estaría referido a la vigencia de la norma.

Con fecha 10 de junio de 2008, el Tribunal Constitucional dictó sentencia, siguiendo el siguiente razonamiento: la responsabilidad civil -como deber de indemnizar el daño causado a otro es- también se genera cuando se lesiona un derecho constitucional (considerando décimosexto); por su parte, la regla general en materia de indemnización es que todo daño causado por un acto ilícito debe ser indemnizado, lo que comprende tanto el daño patrimonial como el moral (décimonoveno); sin embargo, el artículo 2331 del Código Civil prohíbe demandar indemnización pecuniaria por el daño moral causado por imputaciones injuriosas en contra del honor de una persona, lo que constituye una excepción al mencionado principio (vigésimo).

Por otro lado, el derecho a la honra “emana directamente de la dignidad con que nace la persona humana, un derecho personalísimo que forma parte del acervo moral o

espiritual de todo hombre y mujer, que no puede ser negado o desconocido por tratarse de un derecho esencial propio de la naturaleza humana” (vigésimoquinto). Así, este principio y valor básico constituye un mandato expreso “para gobernantes y gobernados, debiendo presidir la labor del intérprete constitucional, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la constitución” (trigésimoprimer) razón por la cual, entre todas las interpretaciones posibles respecto del alcance de un derecho fundamental, debe “desecharse la que admita que el legislador puede regular sus efectos hasta extremos que, en la práctica, imposibilitan la plenitud de su vigencia o comprimen su contenido a términos inconciliables con su fisonomía.” (trigésimo segundo) En otras palabras el legislador, al regular el alcance de los derechos fundamentales, debe tanto respetar la esencia del derecho, como evitar la imposición de condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio (trigésimo segundo).

Ahora bien, como el derecho a la honra por si mismo no tiene valor económico, el atentado en su contra se traduce normalmente en sufrimientos de igual carácter, esto es, en daño moral (trigésimo sexto). Sin embargo, el precepto impugnado priva de protección legal a los atentados al derecho a la honra que no constituyen delitos específicos, porque “mientras las lesiones de otros derechos igualmente no constitutivas de delito dan lugar a indemnización por todos los daños patrimoniales y morales causados, de acuerdo a la regla general del artículo 2.329 del Código Civil, las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho a la indemnización del daño moral” (trigésimoséptimo).

Por todo lo anterior, el Tribunal Constitucional finalmente resolvió:

“Que se acoge el requerimiento de fojas 1 y se declara que no podrá aplicarse el artículo 2331 del Código Civil en el juicio ordinario de responsabilidad civil, Rol N°2429-2007, caratulado ‘Valdés con Jaime Irrázabal Covarrubias y otros’, que actualmente se sigue ante el Décimo Octavo Juzgado Civil de Santiago.”

Debe hacerse presente que la sentencia cuenta con dos prevenciones de los Ministros Raúl Bertelsen y Jorge Correa que estiman que el artículo 2331 del Código Civil

“restringe de modo importante el goce del derecho a la honra”, pues establece una “restricción inusual y desigual” para quienes padecen imputaciones injuriosas. Así, consideran que no existen fines constitucionalmente legítimos que justifique que el daño moral sufrido en estos casos no sea objeto de reparación pecuniaria constituyendo una excepción al principio general. Por otro lado, la citada norma otorgaría un trato desigual a los actos injuriosos que causan daño moral en relación a los otros actos dañosos que pueden producir efectos análogos, pero respecto de los cuales no existe una prohibición de indemnización.

Finalmente, existe un voto disidente del Ministro Francisco Fernández F. quien estima que “es materia de la potestad legislativa determinar los alcances de la responsabilidad indemnizatoria derivada de una eventual lesión a dicho bien jurídico, como lo es asimismo establecer los deslindes de su tutela penal a través de la configuración de los delitos de injuria, calumnia y difamación, entre otros.” Por lo anterior, dado que se trata de un daño que no tiene expresión pecuniaria, es posible que el legislador consagre otras formas adecuadas para protegerlo como imponerle al autor de daño la obligación de publicar, a su costa, el texto íntegro de la sentencia condenatoria. Sin embargo, a juicio del disidente, ninguna de estos mecanismos legales para proteger el derecho a la honra –incluido el artículo impugnado– entrarían en contracción con la Carta Fundamental, pues ésta no establece los alcances concretos ni la forma de asegurar el derecho que consagra.

Cabe hacer presente que ya antes de la interposición de este requerimiento, parte de la doctrina nacional -como Jose Luis Diez y Enrique Barros- ya se había argumentado acerca de la inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil.

Además, con fecha 16 de abril de 2009 el Tribunal Constitucional ha vuelto a declarar la inaplicabilidad del mencionado artículo para una gestión judicial pendiente en concreto²⁵⁶, basándose en las mismas razones invocadas en la primera declaración de

²⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°1185-08-INA, de 16 de abril de 2009.

inaplicabilidad del mencionado artículo.²⁵⁷ Asimismo actualmente se encuentra en tabla un nuevo requerimiento de inaplicabilidad del artículo cuestionado²⁵⁸.

En consecuencia, es probable que en un futuro cercano se entable un requerimiento – o bien el Tribunal actúe de oficio- para analizar la inconstitucionalidad del artículo 2331.

Sin embargo, cabe hacer presente que una eventual declaración de inconstitucional podría ser sumamente delicada, dado que implicaría la derogación de una norma que se encuentra consagrado en un Código de la República. Esto en cuanto las normas comprendidas en los Códigos no se entienden ni se aplican aisladamente sino que, por el contrario, adquieren sentido por la existencia de otras disposiciones relacionadas que existen en el mismo cuerpo legal, y correlativamente, constituye también un factor de interpretación de esas otras normas contenidas en éste.

Por lo anterior, si el Tribunal Constitucional debiera conocer y resolver de modo abstracto respecto de la inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil, no debería limitarse a realizar un análisis abstracto de la conformidad de éste con la Constitución, sino que además sería importante que tomara en cuenta los eventuales efectos adversos que su eliminación del ordenamiento jurídico podría acarrear en otras normas del Código Civil.

3. Fallos en que el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de una norma

Cabe hacer presente que actualmente, según la información proporcionada oficialmente por el propio Tribunal Constitucional²⁵⁹, han existido cinco requerimientos

²⁵⁷ Más aún, la sentencia de 16 de abril de 2009 expresamente señala: “[N]o existiendo motivos que justifiquen resolver el presente conflicto de una manera diversa, se insistirá, en las consideraciones que siguen, en lo razonado en los citados autos rol 943” (considerando décimo).

²⁵⁸ Se trata del requerimiento rol N° 1419-09-INA.

de declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal y dos procesos iniciados de oficio²⁶⁰ que se han resuelto, lo cual se ha traducido en la declaración de inconstitucionalidad –parcial o total- de sólo tres preceptos; sin considerar el mencionado requerimiento iniciado de oficio en relación al artículo 38 ter de la Ley de Isapres, que se encuentra en acuerdo pero que no se ha dictado sentencia a la fecha.

En nuestra opinión, el hecho de que existan tan pocas declaraciones de inconstitucionalidad, se debe principalmente a dos razones: primero, al alto quórum requerido (cuatro quinto de sus miembros en ejercicio), y segundo, lo drástico de sus efectos pues acarrea que una norma sea excluida de todo el ordenamiento jurídico lo que incluso podría afectar a otras normas, dadas la interconexión entre ellas, por ejemplo, cuando constan en Códigos de la República.

Sin perjuicio de ello, cabe hacer presente que el propio Tribunal Constitucional ha defendido categóricamente esta facultad derogatoria, en el primer proceso en que la aplicó, en los siguientes términos:

²⁵⁹ La información proviene de la página web oficial del Tribunal Constitucional, en la parte “Sentencias”, al poner como “Materia” de búsqueda el recurso de “inconstitucionalidad de precepto legal (Art.93 N°7)”. Cabe hacer presente, en todo caso, que tal como se advierte ahí se contienen sólo las sentencias dictadas a partir del 26 de febrero de 2006 y hasta la fecha de la consulta. Asimismo, cabe precisar que en la búsqueda erróneamente se incluyen dos recursos de inconstitucionalidad, por lo que la información puede ser incompleta <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/busca_avanzado> [consulta: 20 de julio de 2010]

²⁶⁰ Los requerimientos de inconstitucionalidad son: **(1) rol 1444-09-INC**, que por sentencia de 31 de diciembre de 2009 no acogió a tramitación el requerimiento respecto del artículo 38 TER de la ley 18.933, de Isapres; **(2) rol 1.450-09-INC**, declarando la sentencia de 25 de agosto de 2009 improcedente el requerimiento respecto del artículo 20 de la Ley N° 19.234; **(3) rol 1254-08-INC**, que mediante sentencia de 29 de julio de 2009 acoge el requerimiento sólo respecto de la expresión “gratuitamente” contenida en el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales; **(4) rol 1173-08-INC**, que con fecha 16 de abril de 2009 rechazó el requerimiento respecto del artículo 474 del Código del Trabajo por no haberse obtenido mayoría; y **(5) rol 558(590)2006**, que rechaza la cuestión de inconstitucionalidad respecto del inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal, mediante sentencia de 5 de junio de 2007.

Por su parte los pronunciamientos de oficio son: **(i) rol 1345-09-INC**, acogido con fecha 25 de mayo de 2009 respecto de las expresiones: “para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa”, contenidas en el inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario; y **(ii) rol N° 681-2006**, que con fecha 26 de marzo de 2007 considera derogado el artículo 116 del Código Tributario por inconstitucional.

“[L]a declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable en casos particulares, en nada vulnera sino que, por el contrario, refleja y garantiza el necesario respeto hacia la labor de los órganos colegisladores y la plena eficacia de la presunción de constitucionalidad de la ley generada por los órganos legitimados para ello dentro de un Estado democrático. (...) Asimismo, el control a posteriori de constitucionalidad de la ley, que puede derivar, como en este caso, en la expulsión de un precepto del ordenamiento jurídico positivo, es una competencia que procura regular el correcto funcionamiento y la eficacia del Estado de Derecho, lográndose con ello el fortalecimiento constante de los sistemas de frenos y contrapesos en el actuar de los órganos del Estado (...).”²⁶¹

A continuación se expondrán brevemente los argumentos que han fundamentado las sentencias que a la fecha han declarado la inconstitucionalidad de todo o parte de un artículo.²⁶²

a. Sentencia de 26 de marzo de 2007 que resuelve que el artículo 116 del Código Tributario es inconstitucional²⁶³

Con fecha 26 de marzo de 2007 por primera vez el Tribunal Constitucional hizo uso de la facultad que le otorga el artículo 93 N°7 de la Constitución, declarando que el artículo 116 del Código Tributario era inconstitucional, lo que causó su expulsión de nuestro ordenamiento jurídico, a contar de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial.

Cabe hacer presente que durante el año 2006, el mencionado artículo ya había sido declarado inaplicable en más de 30 procesos.²⁶⁴

²⁶¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°681-06-INC, de 26 de marzo de 2007, considerando séptimo.

²⁶² La referencia está hecha al 29 de julio de 2010.

²⁶³ Sentencia Rol 681-06-INC

²⁶⁴ Entre otros, en los procesos rol N°472, 499, 515, 526, 574, 604, 627, 636 y 658, todos del año 2006.

Así las cosas, en ejercicio de facultades constitucionales, con fecha 6 de diciembre de 2006 el Tribunal Constitucional abrió un proceso de oficio para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario, el cual establecía:

“El director Regional podrá autorizar a funcionarios del Servicio para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando por orden del Director Regional.”

Es interesante señalar que el Servicio de Impuestos Internos, al ser puesto en conocimiento de lo anterior, hizo uso del traslado conferido y expresó que se había procedido a “remediar jurídicamente la circunstancia cuyo examen constitucional fue reprobado”, para lo cual mediante Resolución Exenta N°118 de 4 de octubre de 2006, se había dejado sin efecto las autorizaciones dadas a los Directores Regionales para delegar la función jurisdiccional en funcionarios de su dependencia. Asimismo, agregaba el citado Servicio que la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la delegación del artículo 116 del Código Tributario “no hace más que afirmar la facultad jurisdiccional que ejerce y debe ejercer el delegante, esto es, el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos”, y finalizaba aclarando que no pretendía controvertir una eventual declaración de inconstitucionalidad del mencionado artículo.

El razonamiento del Tribunal Constitucional parte por distinguir la facultad consagrada en el N°7 del artículo 93 de la Constitución, de la establecida en el N°6, al preguntarse “si el artículo 116 del Código Tributario puede, de alguna manera, ser conciliado con la Carta Fundamental o si, por el contrario, la inconstitucionalidad constatada y declarada en los procesos previos de inaplicabilidad decididos por este Tribunal, pueden tener aplicación general” (considerando décimo).

A continuación constata la sentencia en análisis que el artículo 115 del Código Tributario ha establecido como tribunal tributario de única o primera instancia al Director Regional de Impuestos Internos con el objeto de que conozca y falle las reclamaciones y denuncias tributarias (considerando duodécimo). Por otro lado, el propio Tribunal Constitucional en cada uno de los pronunciamientos de inaplicabilidad a este respecto, ha afirmado la naturaleza jurisdiccional –y no administrativa- de tal

facultad en base a la Constitución, la historia de la ley y la jurisprudencia previa²⁶⁵, lo que significa que los Directores Regionales tienen el “poder-deber” para “conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir” (décimo séptimo)

Así por lo demás lo ha afirmado la Corte Suprema al señalar que los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos forman parte de los tribunales especiales a que se refiere el artículo 5° inciso cuarto del Código Orgánico de Tribunales (décimo quinto).

Por otro lado, es claro que la autorización que el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos puede otorgar a determinados funcionarios para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando por orden suya, constituye una delegación de facultades propias del tribunal tributario (décimo octavo).

Sin embargo, dado que la jurisdicción constituye un atributo de la soberanía, es indelegable por parte de las autoridades a quienes la Constitución y las leyes la han confiado. Así se desprende de los artículos 5 y 76 inciso primero de la Constitución, estableciendo este último que “[l]a 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.” (vigésimo primero).

Así las cosas, el Tribunal concluye que el cuestionado artículo 116 no sólo infringiría los dos preceptos constitucionales mencionados, sino también el deber de inexcusabilidad consagrado en el inciso segundo del artículo 76 de la Constitución (vigésimo segundo). Asimismo violaría los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental, por cuanto “la forma de constituir un tribunal que resuelva conflictos tributarios es a través de un mandato conferido por la propia ley y no puede ser sustituido por un mero acto administrativo”. Por lo anterior, “la dictación de una resolución exenta a través de

²⁶⁵ Considerando décimo tercero y siguientes.

la cual el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos materializa la delegación de sus facultades jurisdiccionales en un funcionario público que no tiene el carácter de juez, no se ajusta a la forma prescrita por la propia Constitución para designar a sus jueces.” (considerando vigésimo cuarto).

Finalmente, se establece que el hecho de que una persona sólo pueda ser juzgada por el tribunal que previamente le señala la ley y por el juez que lo representa, constituye un derecho esencial para toda persona, estando los órganos del Estado obligados a respetarlo (vigésimo quinto).

En consecuencia, en virtud de los artículos 5, 6, 7, 19 N°3 inciso cuarto, 38 inciso segundo, 64, 76, 77 y 93 de la Constitución,

“SE RESUELVE QUE EL ARTÍCULO 116 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO ES INCONSTITUCIONAL, CONSIDERÁNDOSE DEROGADO, COMO EFECTO DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 94, INCISO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN, DESDE LA PUBLICACIÓN EN EL DIARIO OFICIAL, DENTRO DE TERCERO DÍA, DE LA PRESENTE SENTENCIA.” [negritas en el original]

Esta sentencia fue acordada con el voto en contra de los Ministros Jorge Correa y Francisco Fernández, por cuanto diferían de la premisa básica del razonamiento expuesto consistente en que el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos fuera un órgano permanente, imparcial e independiente al cual el legislador haya confiado una función jurisdiccional. Por el contrario, estimaban que la función que el artículo 116 autorizaba a delegar carecía de los atributos de la función jurisdiccional, “pues en el reclamo tributario que se debe resolver no hay controversia entre partes sometida a la decisión de un tercero²⁶⁶, ni esta controversia debe, en estricto rigor jurídico, resolverse conforme a derecho y, por último, las reglas de procedimiento

²⁶⁶ En efecto, mientras “un juez es un tercero imparcial que se sitúa entre quienes contienden para resolver una disputa de relevancia jurídica”, en el reclamo tributario éste se interpone “en contra de una resolución del Servicio de Impuestos Internos y la ley llama a resolverlo a un funcionario del mismo Servicio en contra del que se reclama.” (considerando quinto voto disidente). Por otro lado, en el reclamo tributario existe un solo sujeto y parte (el reclamante) y ninguna controversia, pues el Servicio de Impuestos Internos nada puede controvertir desde el momento “que es el mismo órgano que llevó a cabo el acto contra el cual se reclama y, a su vez, es quien resuelve el reclamo de que se trata.” (considerando séptimo voto disidente)

tienen características que difieren de aquellas que regulan los procesos judiciales.” (considerando segundo voto disidente).

Así, el voto disidente se basa en el presupuesto de que el Servicio de Impuestos Internos, al resolver un reclamo tributario, no ejerce una función jurisdiccional sino administrativa (considerando décimo cuarto voto disidente), y por tanto, su delegación no es inconstitucional.

Al respecto, señala la profesora GARCÍA BARZELATTO que no comparte en absoluto la naturaleza administrativa que se le otorga a la facultad del Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, pero que le “parece muy rescatable de esta disidencia es la crítica que formula a nuestro sistema tributario, en cuanto a la inconveniencia de no contar con tribunales especializados contencioso-administrativos para conocer y resolver estas reclamaciones.”²⁶⁷

b. Sentencia de 25 de mayo de 2009 que resuelve que el artículo 171 inciso primero del Código Sanitario es inconstitucional²⁶⁸

Posteriormente, mediante resolución de 10 de marzo de 2009, el Tribunal Constitucional nuevamente decidió abrir de oficio un proceso para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las expresiones “para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa” contenidas en el artículo 171 inciso primero del Código Sanitario, como requisito para ejercer el derecho a reclamar ante la justicia ordinaria civil de las sanciones aplicadas por el Servicio Nacional de Salud.²⁶⁹

²⁶⁷ GARCÍA BARZELATTO, Ana María. Influencia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como nueva atribución del Tribunal Constitucional. op. cit. p.126.

²⁶⁸ Rol N°1345-09-INC.

²⁶⁹ Desde luego, se cumplía con el requisito de haberse declarado previamente su inaplicabilidad en los autos roles 792-07, 1061-08, 1046-08 (1066), 1253-08, 1262-08 y 1279-08.

Cabe mencionar que esta institución –que se denomina “*solve et repete*”- también ha sido consagrada en otras normas del ordenamiento jurídico como el artículo 165 del Código Tributario, los artículos 28 y 30 de la LOC de la Superintendencia de Valores y Seguros y el inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo.²⁷⁰ Asimismo, el Tribunal Constitucional tampoco ha sido uniforme al pronunciarse sobre la constitucionalidad de estas normas similares; por ejemplo al ejercer el control preventivo de constitucionalidad de los respectivos proyectos de ley, se declaró su constitucionalidad por estimarse que la consignación previa no impide el derecho de acceso a la justicia sino que “solamente lo regula en consideración a la necesidad de asegurar el debido funcionamiento del servicio público que prestan”²⁷¹, de modo de “restablecer el orden previamente quebrantado en aras del bien común.”²⁷²

El Tribunal Constitucional empieza por citar el artículo 171 del Código Sanitario en su totalidad concluyendo que “[s]in ese pago no es posible acceder a la instancia judicial para su revisión. Así, la norma obliga a satisfacer la multa como condición previa a reclamar su procedencia.” Esto, justamente, constituye lo que la doctrina ha denominado “*solve et repete*”, esto es, paga para poder recuperar o repetir.

Así las cosas, las sentencias de inaplicabilidad previa han estimado que la eventual aplicación del precepto legal cuestionado a las gestiones pendientes respectivas, infringían el artículo 19 numeral 3, incisos primero y quinto, que consagra la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y el derecho a un justo y racional procedimiento. Por lo anterior, le correspondía al Tribunal Constitucional determinar si desde un punto de vista abstracto, dicho precepto legal infringía o no esos mismos derechos constitucionales.

²⁷⁰ El mencionado artículo 474 inciso tercero del Código del Trabajo ha sido declarado inaplicable por el Tribunal Constitucional, por ejemplo en las causas roles 946-07, 968-07, 1.332-09 y 1.382-09 y 1418-09. Asimismo se interpuso un recurso de inconstitucionalidad de dicha norma (rol 1173-08-INC), pero fue rechazado porque 6 ministros estuvieron por acoger la acción de inconstitucionalidad y 4 por rechazarla, por lo que no se obtuvo el quórum exigido. En todo caso la Ley 20.087 de 3 de enero de 2006 sustituyó el procedimiento laboral lo que eliminó la obligación de consignar una parte de la multa como requisito de admisibilidad de las acciones para impugnar una multa que establecía el citado precepto del Código del Trabajo.

²⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 185-1995.

²⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 287-1999.

Ahora bien. Dentro de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, se encuentra el derecho de acceso a la justicia (octavo). Por su parte, el artículo 171 del Código Sanitario “limita severamente el derecho del particular de acceder a la justicia para reclamar en ese foro de las sanciones administrativas de que ha sido objeto, desde el momento que, para hacerlo y como condición necesaria, debe consignar la totalidad de la multa que se el ha impuesto en sede administrativa y de la que reclama.” (noveno)

Entonces, si bien el legislador tienen un amplio margen para regular las relaciones sociales, debe cuidar que las restricciones al goce de los derechos que puedan resultar de tales regulaciones, se justifiquen en el logro de fines constitucionalmente legítimos, sean razonablemente idóneas para alcanzara tales fines y sean proporcionales a los bienes que de ellas cabe esperar. Asimismo, las restricciones o limitaciones la ejercicio de un derecho que establece el legislador, no deben vulnerar el principio de igualdad antes la ley y tampoco deben afectar los derechos en su esencia o imponer condiciones o tributos que impidan su libre ejercicio, como lo dispone el artículo 19 N°26 de la Constitución (décimo).

Así, si la exigencia de consignación previa tiene por finalidad evitar una litigación frívola y puramente dilatoria, el Tribunal se pregunta si la norma cuestionada es un medio idóneo para alcanzar ese fin lícito, y concluye que no: primero, porque la reclamación judicial no suspende lo resuelto por la autoridad; segundo, porque la consignación previa no impide la litigación frívola; y tercero, porque existen otros instrumentos destinados a desincentivar la litigación infundada, como la condena en costas (décimotercero).

Por lo anterior concluye que la exigencia contenida en el mencionado artículo 171 “constituye una barrera injustificada y carente de razonabilidad al derecho de acceso a la justicia, que forma parte de la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y del derecho a un procedimiento racional y justo, que consagra la Carta Fundamental en el numeral 3° de su artículo 19” (décimoséptimo).

Cabe hacer presente que la declaración de inconstitucionalidad se adoptó con el voto en contra de los ministros Juan Colombo y Francisco Fernández por estimar que no se cumplía la exigencia del artículo 93 N°7 de la Constitución de que sólo puede declararse la inconstitucionalidad “cuando el precepto legal reprochado no admita interpretación que lo haga conciliable con la normativa constitucional concernida en el respectivo cotejo de normas”. Esto en cuanto el artículo 171 del Código Sanitario es compatible con el derecho de acceso a la justicia, en la hipótesis en que el reclamante obtenga de la autoridad administrativa o del juez una orden de suspensión de los efectos del acto impugnado hasta que exista una decisión sobre el fondo (artículo 3° de la Ley 19.880).

Al respecto cabe destacar del voto disidente el ser consecuente con la distinción entre el control abstracto de la declaración de inconstitucionalidad, y un control concreto como en el caso de la inaplicabilidad. Lo anterior con el objeto de que la máxima sanción para un precepto legal consistente en ser eliminado del ordenamiento jurídico, sólo proceda cuando toda y cualquier hipótesis contenida en una norma, infrinja alguna disposición constitucional.²⁷³

c. Sentencia de 29 de julio de 2009 que declara que la expresión “gratuitamente” contenida en el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, es inconstitucional²⁷⁴

Finalmente cabe referirse a la única declaración de inconstitucionalidad efectuada por el Tribunal Constitucional en relación a una acción pública. En efecto, el Colegio de

²⁷³ De hecho, en todas las declaraciones de inconstitucionalidad el voto mayoritario ha hecho presente que “la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable no constituye un deber para el tribunal, sino que es una facultad que le corresponderá ejercer en la medida que ninguna interpretación del precepto impugnado permita su ajuste adecuada sujeción con la Carta Fundamental” (considerando décimonoveno). Sentencia del Tribunal Constitucional, causa rol 1254-08-INC, de 29 de julio de 2009.

²⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1254-08 INC de 29 de julio de 2009

Abogados de Chile A.G. entabló un requerimiento para que se declarara la inconstitucionalidad del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunal, en subsidio, de su inciso primero, y en subsidio de esto último, de la expresión “gratuitamente” contenida en dicha norma. Cabe agregar que las sentencias roles 755-07, 1138-08 y 1140-08 habían declarado la inaplicabilidad del mencionado artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, pero solamente en relación a la expresión “gratuitamente”.

El inciso primero del mencionado artículo 595 establece:

“Corresponde a los jueces de letras designar cada mes y por turno, entre los no exentos, un abogado que defienda **gratuitamente** las causas civiles y otro que defienda las causas del trabajo de las personas que hubieren obtenido o debieran gozar del mencionado privilegio. Con todo, cuando las necesidades lo requiera y el número de abogados en ejercicio lo permita, la Corte de Apelaciones respectiva podrá disponer que los jueces de letra designen dos o más abogados en cada turno, estableciendo al forma en que se deben distribuir las causas entre los abogados designados.” [negritas agregadas]

El requirente funda el recurso es estimar que la expresión “gratuitamente” contraviene, en todos los eventos hipotéticos de aplicación, la igualdad ante la ley y las cargas públicas consagradas en el artículo 19 N°2 y N°20 de la Constitución, y el derecho a la libertad del trabajo, contenidos en el artículo 19 N° 12 de la Constitución. Lo primero, porque la carga pública impuesta por el precepto cuestionado no respetaría “el vínculo esencial entre iguales y es desproporcionada tanto en relación con su finalidad como en la intensidad del gravamen impuesto”.

Por su parte, eventualmente también se infringiría la libertad de trabajo porque la norma impugnada priva a los abogados afectados por el tueno del derecho a desarrollar libremente un trabajo y a obtener una justa retribución por ello.

Por otro lado, la procedencia de la pretensión de que se declare inconstitucional el artículo 595 en su totalidad, se funda en que los cinco incisos de éste “discurren sobre un mismo tópico consistente en la designación de un abogado que defienda gratuitamente diversas causas judiciales de terceros.”

Sin embargo, el Tribunal Constitucional estimó que, dado que sólo podía declarar inconstitucional un precepto legal previamente declarado inaplicable, su competencia se limitaba a analizar la constitucionalidad de la obligación de “gratuidad” contenida en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales (décimotercero), rechazando así las demás pretensiones.

A continuación, la sentencia realiza una breve referencia a los antecedentes y alcances de la gratuidad del turno de los abogados, a nivel comparado y nacional, concluyendo que dicha defensa de los pobres -que tiene antecedentes en el derecho español medieval e incluso el romano-, se consagra como una carga gratuita, consecuencia del privilegio de litigar en tribunales. (trigésimo sexto). Así por ejemplo Carlos Risopatrón en su libro “Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Chile y Comentarios” consigna que “servir gratuitamente a los pobres (...) bien podrá ser ésta una verdadera **contribución de servicios**. Pero no debe olvidarse que ello es necesario para que sea efectiva la tuición que la ley impone a los jueces a favor de las personas desvalidas, y que, por otra parte, está en cierto modo retribuido con el privilegio de que gozan (...) en el hecho de excluir de las ventajas que trae consigo el ejercicio de su cargo a muchas otras personas.” (trigésimoseptimo).

Por su parte, el propio Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados expresaba que “la profesión de abogado impone defender gratuitamente a los pobres, tanto cuando éstos se lo soliciten como cuando recaiga nombramiento de oficio. No cumplir con este deber desvirtúa la esencia misma de la abogacía.”

Dado lo expuesto, acto seguido el Tribunal analiza la configuración jurídica constitucional del derecho a la igualdad. Para ello sostiene que en fallos previos ha sostenido que la igualdad ante la ley no es absoluta, sino que supone que “las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes.” (cuadragésimosexto).

Así las cosas, un análisis del artículo 595 a la luz de dicha primitiva concepción de igualdad podría suponer que en se contraviene en abstracto la constitución, en cuanto los que se encuentran en la misma situación son todos lo abogados a los que se les puede imponer la carga personal de defender gratuitamente a los pobres. Sin embargo, “un estudio comparativo con las demás profesiones liberales haría merecedora de reproche a la norma, habida cuenta de que el turno gratuito sólo se exige respecto de los abogados y no así en relación a otras profesiones que cumplen una función social como la medicina, arquitectura o pedagogía (..)” (cuadragésimo séptimo).

Por lo anterior, habrá que considerar que no toda igualdad de trato resulte contraria al principio de igualdad, “siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario.” Así, el primer test para determinar si un enunciado normativo es arbitrario o no, es determinar si es o no razonable y si se aplica a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador (cuadragésimo octavo).

Para ello el Tribunal estima que el trabajo de los abogados es el único medio para cumplir el objetivo constitucional de la igualdad ante la justicia y el derecho a la defensa jurídica, que consagra la Constitución (quincuagesimo). Al mismo tiempo, al consagrarse el derecho a la asistencia jurídica, le corresponde al Estado a través del legislador, establecer los medios efectivos para permitir una adecuada defensa de las personas que carecen de bienes suficientes para litigar (quincuagésimo tercero). Por lo anterior, en la actualidad el turno de los abogados sólo subsiste por la inexistencia de otras formas de asesoría institucional, pública o privada, lo que da cuenta de su carácter especialísimo (quincuagésimocuarto).

Por otro lado, además se requerirse que la justificación de las diferencias sea razonable, se requiere que además sea objetiva. En este caso, el fin que justifica la

norma es la satisfacción adecuada del derecho de acceso a la justicia, debiendo el legislador consagrar los mecanismos para ser efectivo dicho derecho, incluido excepcionalmente el turno de los abogados (quincuagesimosexto y quincuagesimoséptimo).

Asimismo para determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental, lo que implica que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario. Esto significa que debe efectuarse un examen de la racionalidad de la distinción, a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad (quincuagesimoctavo y sexagésimo).

Así, el Tribunal concluye que:

“la imposición de la obligación de defender a determinadas personas de escasos recursos constituye un fin razonable, pero el medio utilizado por el legislador –la gratuidad- sin duda se transforma en gravoso, máxime si se piensa que el abogado deberá dedicarse sin contraprestación pecuniaria a atender numerosos asuntos en desmedro de aquellos que ha asumido libremente, lo que se tornará en una situación imposible de acometer, y aún de ejecutar de manera satisfactoria e idónea (...)” (sexagesimoprimer).

De este modo, si bien el legislador puede emplear el mecanismo, excepcional y supletorio, de obligar a los abogados a dar asistencia legal, ello no autoriza a que no se remunere dicha labora profesional. Así, “tal carga de gratuidad no aparece ni se justifica como un medio necesario para alcanzar el fin constitucional perseguido” (sexagesimoprimer).

Como se ve, resulta sumamente interesante el análisis que el Tribunal Constitucional indicando precisamente todos los parámetros que deben concurrir para establecerse que no se ha infringido el derecho a la igualdad. Al efecto se concluye que en el caso específico que:

“el fin perseguido por el legislador de dar asistencia jurídica gratuita no sólo resulta **constitucionalmente lícito** sino también debido. Por su parte, **el instrumento**, consistente en establecer una carga, es **idóneo** para cumplir dichos fines. Sin embargo, si se impone gratuitamente, se transforma irremediablemente en un **medio desproporcionadamente gravoso**, desde el momento que **el fin perseguido no exige ni supone que el abogado deba desempeñarse sin retribución**

alguna. Y ello, porque la obligación se radica en el Estado y no en los abogados.” (sexagesimoquinto) [énfasis agregadas]

Por lo mismo, la sentencia estima que la carga impuesta en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, también puede transformarse en una carga contraria al derecho a la igualdad antes las cargas públicas, establecido en el artículo 19 N°20 de la Constitución. (septuagesimocuarto)

Por otro lado, en relación a la libertad del trabajo consagrada en el artículo 19 N°16 de la Constitución, concluye el Tribunal que “la Carta Fundamental reconoce y ampara el derecho a una justa retribución por todo trabajo, aunque se imponga bajo la forma excepcional de una carga” (octagesimoquinto).

Desde luego, se establece que la supresión de la gratuidad del turno, nunca podrá traducirse en una obligación pecuniaria para la persona afectada o cliente, pues ésta siempre se encontrará exenta del pago de honorarios. Por lo anterior, es el Estado el que debe pagar a los abogados por una justa compensación de su trabajo (nonagesimoseptimo y nonagesimoctavo).

En consideración a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional resuelve:

“Que se **acoge** el requerimiento de fojas 1 sólo en cuanto **se declara que la expresión ‘gratuitamente’, contenida en el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales es inconstitucional** y, en consecuencia, se entenderá derogada desde la publicación en el Diario Oficial de la presente sentencia, la que no producirá efecto retroactivo, tal como lo ordena el artículo 94 de la Constitución de la República.”

Cabe hacer presente que dicha declaración de inconstitucional no sólo tiene la característica de ser la primera acogida mediante requerimiento de parte, sino también que no tiene voto en contra ni prevención, lográndose por tanto unanimidad. Por otro lado cabe destacar el exhaustivo análisis del derecho a la igualdad y los criterios para determinar si se cumple o no se cumple que se esgrimen en su argumentación, demostrando un esfuerzo del Tribunal por exponer todos los

elementos que fundan sus decisiones, y así fallar de conformidad a criterios jurídicos y doctrinarios, más que ideológicos.

d. Sentencias que han declarado la inaplicabilidad de la tabla de factores contenida en el artículo 38 ter de la Ley 18.933

Últimamente, algunas de las sentencias de inaplicabilidad más cuestionadas, son aquellas que han declarado la inaplicabilidad del artículo 38 ter de la Ley 18.933 (Ley de Isapres) por estimar que es contrario al artículo 19 N°2 y N°9 de la Constitución Política de la República.²⁷⁵ Dicho artículo establece:

Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores.

La Superintendencia fijará, mediante instrucción de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar.

Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:

1.- El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;

2.- Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;

3.- La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan;

4.- La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo;

5.- En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo.

En el marco de lo señalado en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen. (...)

²⁷⁵ Nos referimos a las sentencias de 26 de junio de 2008 (rol N°976-07), 7 de julio de 2009 (rol N°1218-08), 8 de septiembre de 2009 (rol N°1287-08), 20 de abril de 2010 (rol N°1273 -08) y 27 abril de 2010 (rol N° 1348-2009).

Las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada (...).”

El fundamento de los requerimientos de inaplicabilidad del citado artículo²⁷⁶ se basa en que éste infringiría los derechos contemplados en el artículo 19 en sus numerales 2 (igualdad ante la ley) y 9 (derecho a la protección de la salud) de la Constitución. Esto por cuanto el precepto impugnado y especialmente su inciso cuarto, “otorga plena y absoluta libertad a las Isapres para determinar los factores de cada tabla que empleen”.²⁷⁷

Por su parte, la isapre respectiva se defendió diciendo que el hecho que el legislador sujete la tabla de factores en base a parámetros como la edad y el sexo, no constituye una discriminación arbitraria, ya que “en ambos casos, existen razones suficientes, objetivas y comprobables –algunas, incluso, constitutivas de hechos que son públicos y notorios, derivados de la naturaleza de las personas y de sus condiciones biológicas, fisiológicas y psicológicas, ineludibles en materia de salud”, y agrega que además se respeta la libre elección del sistema de salud, argumentando que este derecho “supone que la persona debe cumplir los requisitos y condiciones que le permitan incorporarse al sistema escogido –de lo contrario, ese derecho no se ha incorporado a su patrimonio ni puede reclamarlo-, de manera que, en ese caso, si es impedid(a) de entrar o resulta excluid(a), entonces tiene derecho a reclamar, en sede de protección, por la discriminación que esa decisión impone.”

²⁷⁶ Si bien los requerimientos son más o menos similares en sus fundamentos, las citas y las argumentaciones se basan en la causa rol N°1218-08-INA, de sentencia de 7 de julio de 2009.

²⁷⁷ Cabe hacer presente que en la primera causa de inaplicabilidad dictada en relación al mencionado artículo 38 ter, se alegó también que esta norma infringía también el artículo 19 N°24 de la Constitución (derecho de propiedad), dado que el aumento del precio, por un lado, afecta el derecho a gozar del sistema privado de salud -el cual sería un derecho inmaterial susceptible de apreciación pecuniaria-, y por otro, priva del disfrute de los beneficios que les otorga el respectivo plan de salud -que se incorporan al patrimonio del beneficiario- dejando a éste como “cotizante cautivo”, y sin que exista una contraprestación en beneficios por el aumento del precio. Véase sentencia del Tribunal Constitucional rol 976-07-INA.

Para fallar este recurso la isapre aplicó el siguiente razonamiento: de acuerdo a lo establecido en la letra m) del artículo 2 de la Ley de Isapres, para determinar el costo del plan de salud que tiene un cotizante particular, debe multiplicarse el precio base de dicho plan por el factor que corresponda al afiliado concreto, según la tabla de factores cuya estructura es fijada por la Superintendencia de Salud, y su integración por la isapre respectiva (considerando sexto).

Por su parte la Superintendencia, cumpliendo con el deber impuesto por la norma impugnada, a través del oficio circular N°6 de 2 de junio de 2005 que “Imparte Instrucciones sobre la Estructura de las Tablas de Factores de los Planes de Salud Complementarios”, fijó la estructura y además estableció la diferencia máxima entre el factor mayor y menor, en los siguientes términos:

“La relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla será de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de hasta 14 veces, en el caso de los hombres, para el período comprendido entre el 1 de julio de 2005 y el 1 de julio de 2015” (séptimo)

Más adelante, constata el Tribunal Constitucional que de la dignidad propia de toda persona humana, derivan una serie de atributos, entre ellos los derechos públicos subjetivos, que son aquellos que el ordenamiento jurídico asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia, como el derecho a la vida, a la integridad física y síquica, a la protección de la salud y a la seguridad social, cuyo ejercicio legítimo la Constitución exige respetar siempre (décimo séptimo). Asimismo, agrega que la amplia mayoría de la doctrina reconoce que los derechos sociales –también llamados derechos de prestación o de segunda generación- son tales y no simples declaraciones, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica (vigésimo).

Por su parte, los derechos consustanciales a la dignidad humana no sólo deben ser respetados y promovidos por los órganos del Estado, sino que esa obligación recae también sobre los particulares (trigésimo quinto). Por lo anterior, dado que la Constitución reconoce a las Instituciones de Salud Previsional,

“como manifestación del principio de subsidiariedad, la facultad de intervenir en el proceso de satisfacer el derecho constitucional a la

protección de la salud de sus afiliados, en los términos contemplados en el precepto respectivo, ellas deben, siempre y en todo caso, procurar que los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, en especial aquél cuya satisfacción les ha sido reconocida y está amparada por la Carta Fundamental, no sean afectados en su esencia o menoscabados por la imposición de condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio (...). (trigésimo noveno)

Por lo anterior, las normas que regulan el contrato de salud, deben ser interpretadas y aplicadas de modo que maximicen el disfrute real y pleno de los derechos consustanciales a la dignidad humana, como la protección de la salud (cuadragésimo). Así, dicho derecho, en los términos que se encuentra consagrado en el artículo 19 N°9 de la Carta Fundamental, “es la base constitucional y de orden público de todo contrato de salud, con plena vigencia en el contexto de dicha convención, razón por la cual ésta no puede incluir cláusulas que desconozcan o aminoren tales derechos.” (cuadragésimo cuarto)

Así las cosas, resulta que la Institución de Salud Previsional está habilitada para establecer unilateralmente los factores de la tabla incorporada a los contratos de salud –sin más límites que aquellos del inciso tercero del artículo 38 ter-, lo que ha implicado que en el caso de que se trata, la tabla de factores incorporadas contempla un factor mínimo de 0,55 y máximo 4,5. Lo anterior ha implicado que, al cumplir 60 años de edad, ha aumentado desproporcionadamente el factor aplicado al precio del plan de la accionante sin que ello haya implicado mayores y mejores beneficios en la protección de su salud (quincuagésimo primero).

Por lo anterior, el conflicto sometido a resolución del Tribunal Constitucional consiste:

“en decidir si resulta o no contraria a la Constitución la aplicación, en la gestión pendiente, de un precepto legal que consagra el aumento de la edad de los cotizantes de una Institución de Salud Previsional, como factor en virtud del cual ésta puede, dentro de los márgenes de la Tabla fijada por la Superintendencia de Salud, incrementar el precio del respectivo plan de salud previsional, progresiva y unilateralmente, por el solo hecho del envejecimiento natural del cotizante.” (quincuagésimo tercero)

Dado todo lo anteriormente expuesto, el tribunal concluye que la facultad que la ley le otorga a las Isapres para fijar libremente un factor e incorporarlo a los contratos de

salud, “debe suponerse siempre limitada por los valores, principios y disposiciones constitucionales, deducción lógica que, si fuera desconocida o ignorada, sería equivalente a quebrantar el valor de la supremacía que singulariza a la Constitución.” (quincuagésimo séptimo). Por lo anterior, es necesario examinar si dicha facultad respeta lo establecido en el artículo 19 N°9 de la constitución, especialmente en cuanto asegura a la requirente el derecho a la libre elección del sistema de salud, público o privado, lo que implica que, durante la vigencia del contrato pertinente, el afiliado no debe sufrir cambios unilateralmente decididos que le impidan al cotizante perseverar en él, darle término, optar por otra isapre o trasladarse de sistema (quincuagésimo octavo).

Por tanto, si a raíz del envejecimiento del afiliado sube considerablemente el factor aplicable lo que repercute en un mayor costo del plan de salud, ello dificulta el acceso a las prestaciones correlativas, y en el caso extremo de que el afiliado no pueda seguir pagando el nuevo costo del plan, queda obligado a abandonar el sistema de salud privado que había escogido, para incorporarse al público, lo que significa que se encuentra impedido de ejercer su derecho a la libre elección (sexagésimo primero). Así, “se torna constitucionalmente inaceptable el incremento de las cotizaciones en el tiempo por el solo hecho del envejecimiento natural del beneficiario, toda vez que, como se dijo, forma parte del sentido intrínseco de la seguridad social proteger a la persona de los estados de necesidad derivados de contingencias vitales de universal ocurrencia (como es el riesgo de enfermarse y el envejecimiento natural).” (sexagésimo segundo)

Por todo lo anteriormente expuesto, se acoge el requerimiento de inaplicabilidad.

Sin embargo, cabe hacer presente que la mencionada sentencia de 7 de julio de 2009 dictada en autos rol 1218-08-INA, contó con el voto en contra de los Ministros señores Juan Colombo, Raúl Bertelsen y Jorge Correa. Dicho voto se fundamenta que la aplicación de las reglas que regulan las alzas en los planes de salud contempladas en el artículo 38 ter de la Ley de Isapres, no vulnerarían la garantía de igualdad ante la ley, porque la variación del precio en consideración factores como el sexo o la edad no

pueden ser calificadas de arbitrarias, sino que “tiene su fundamento en datos objetivos que acreditan que los gastos de salud varían con la edad de las personas y cambian entre hombres y mujeres de la misma edad.” (segundo)

Por otro lado, estiman que tampoco se infringe el derecho contenido en el artículo 19 N°9 de la Constitución porque “no se ve de qué modo la autorización legal a modificar el precio de un contrato de seguro de salud pueda afectar el derecho de toda persona a elegir el sistema de salud al que desee acogerse. Los derecho a elegir que la constitución asegura, en éste y otros casos, no conllevan la garantía de que el precio del bien esté al alcance de todos.” (sexto)

Finalmente, el voto disidente estima que tampoco se vulnera el artículo 19 N°18 de la Constitución referido a la seguridad social, porque nuestra Carta Fundamental no exigiría que todo sistema de seguridad social necesariamente sea solidario (duodécimo).

Por su parte, también el Ministro señor Enrique Navarro tiene un voto disidente, por estimar que lo impugnado por el requerimiento por estimarse abusivo era la tabla de factores contenida en un determinado contrato de salud, y no un precepto legal (sexto). Así, considera que se trata de un conflicto acerca de la aplicación adecuada o no de la ley y de las cláusulas contractuales al caso concreto, lo que debería ser resuelto mediante el recurso de protección (octavo). Además, el requerimiento también cuestionaría las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Salud en que se fija la estructura de la tabla de factores, lo que corresponde que sea impugnado por otras vías judiciales, como las acciones contencioso administrativas (novenos). Finalmente, cita la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema en orden a que las Isapres tienen el derecho para adecuar los planos de salud de manera razonable y equitativa, cuando exista un cambio efectivo y variable del valor de las prestaciones médicas, de modo de mantener el debido equilibrio entre las prestaciones de los contratantes (décimo).

Como se señaló, el expuesto fue solamente uno de los requerimientos de inaplicabilidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, que fue acogido por el Tribunal Constitucional. Sin amargo, ante los múltiples reclamos de inaplicabilidad interpuestos, finalmente con fecha 24 de julio de 2009 los diputados María Antonieta Saa, Enrique Accorsi y Ramón Farías solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de la tabla de factores contenida en el mencionado artículo, que actualmente corresponde al artículo 199 del DFL 1 de Salud de 2005.

Sin embargo, mediante sentencia de 31 de diciembre de 2009 dicha acción no fue acogida a tramitación por estimarse que no satisfacía la exigencia del artículo 47 P de la LOC del Tribunal Constitucional de contener una petición razonablemente fundada. En todo caso, cabe hacer presente dicho fallo contó con el voto en contra de tres ministros, que estuvieron por acogerla a tramitación.²⁷⁸

Sin perjuicio de ello, dado que la discusión continuaba abierta y seguían los requerimientos de inconstitucionalidad, posteriormente mediante resolución de 27 de abril de 2010 el Tribunal Constitucional abrió un proceso de oficio para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del mencionado artículo 38 ter, basándose en que ya se había declarado la inaplicabilidad de dicho artículo en cuatro procesos por estimar que vulneraban el artículo 19 N°2, 9 y 18 de la Constitución.

Por su parte, ante la inminencia de dicho fallo por parte del Tribunal Constitucional, el Ministerio de Salud se avocó a trabajar en un proyecto para reformar la Ley de Isapres de modo de terminar con la discriminación contra la mujer, haciendo una solidaridad completa de modo que los hombres en edad fértil paguen un plan de salud un poco más caro y la mujer uno más barato que los actuales. Del mismo modo el proyecto aborda el perfeccionamiento del fondo intraisapres que establece que las aseguradoras con carteras de usuarios jóvenes deben ayudar económica a las que tienen usuarios mayores.

²⁷⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 1444-09 INC, de 31 de diciembre de 2009.

Sin embargo, el temor del gobierno es que si se declara inaplicable el mencionado artículo, deberían suprimirse los factores de riesgo que se usan para calcular los planes (sexo y edad), y por tanto las isapres no tendrían una forma clara para fijar sus tarifas, pudiendo hacerlo en forma arbitraria. Como señaló el Ministro de Salud, en tal hipótesis "[p]odría interpretarse que ya no existe ninguna regulación del precio de la isapre, porque lo que va a decir el TC es que es inconstitucional indexar el precio. Ese artículo (38) señala que ese es el mecanismo único aprobado para modificar los precios. Al cambiar la ley, no existe la obligación de tener un mecanismo para ajustar el precio y el gran riesgo es que, por declararlo inconstitucional, la isapre haría esto arbitrariamente (el cambio de precio)".²⁷⁹

Por su parte una de las defensas de las Isapres, ha sido que la derogación del artículo 38 ter no tornaría prohibidas ni eliminaría del ordenamiento jurídico las mencionadas tablas de factores relativos, porque existen otras disposiciones legales que las consagran, como el artículo 2 de la Ley 20.015 y el artículo 170 letras m) y n) del D.F.L. N° 1 del 2005, del Ministerio de Salud, los cuales no fueron objeto del proceso iniciado de oficio por el Tribunal Constitucional.

Como fácilmente se observa, la discusión que al respecto se ha generado tiene un carácter político más que jurídico. Lo anterior tiene una explicación lógica pues, tal como lo plantea el profesor Atria, el cómo debe entenderse una Constitución es una decisión ideológica y política, particularmente cuando dice relación con derechos fundamentales como sería el derecho a la igualdad.

Lo grave es que muchos de los fundamentos esgrimidos para estimar si dichos derechos fundamentales han sido o no infringidos por un precepto legal, son dogmáticamente pobres. Así por ejemplo, las mismas razones por las que unos Ministros han calificado una diferencia en el precio del plan de salud en virtud de factores como la edad o el sexo como "arbitraria", han sido esgrimidas por otros ministros para justificar que dicha diferenciación no es arbitraria. Del mismo modo,

²⁷⁹ Véase declaraciones del actual Ministro de Salud Jaime Mañalich en "Gobierno prepara reforma a isapres ante inminente fallo del Tribunal Constitucional" [en línea], *La Tercera*, 2 de junio de 2010 <http://latercera.com/contenido/680_264625_9.shtml> [consulta: 25 de julio de 2010]

mientras algunos ministros piensan que un alza en los planes de salud impide el ejercicio de la libre elección del sistema de salud, otros sostienen que la Constitución no conlleva la garantía de que el precio esté al alcance de todos. Por otro lado, ni siquiera existe claridad si nuestra Constitución exige o no que todo sistema de seguridad social sea solidario. Así, da la impresión de que, como adelantaba Atria, en la jurisprudencia chilena, dada la falta de criterios dogmáticos, se termina decidiendo en base a criterios políticos.

Lo anterior ha llevado a que parte de la doctrina critique el rol que está jugando el Tribunal Constitucional en la definición e implementación de políticas públicas, señalando que no su rol no es definir el contenido e implementación de las políticas públicas tomando decisiones acerca de la distribución de la riqueza o de la asignación de los recursos (precios) –lo que le corresponde al Congreso como representante del pueblo-, sino que es interpretar la Constitución y garantizar los derechos y libertades individuales, para limitar la discrecionalidad de los poderes políticos. Así también se ha argumentado que el mencionado Tribunal ha mal utilizado la Constitución para restringir la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, sin explicar decisiones claves como el por qué afectaría al derecho de salud de una persona que asumiera un mayor riesgo y eligiera un plan de salud con menos cobertura, o por qué la autonomía de la voluntad puede restringir otros derechos como la propiedad y la libre expresión, pero no podría hacer lo mismo con los derechos sociales.²⁸⁰

Por otro lado, parte de la doctrina sí ha abogado por la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres. Así, un grupo de profesores de Derecho Constitucional de la Universidad Alberto Hurtado acompañaron un informe al Tribunal Constitucional dentro del proceso iniciado de oficio a este respecto, alegando que el mencionado artículo era inconstitucional por tres razones: (i) porque violaba el imperativo constitucional de reserva legal de los derechos

²⁸⁰ Véase “Caso Isapres: Jueces ¿reformadores sociales?) [en línea] *Libertad y Desarrollo*, Fallos Públicos N°17, 1° de agosto de 2008 http://www.lyd.com/lyd/controls/neochannels/neo_ch4229/deploy/fp-17-caso%20isapres%20jueces%20reformadores%20sociales-01-08-2008.pdf [consulta: 24 de julio de 2010]

fundamentales²⁸¹; (ii) porque discriminaba en razón de sexo y edad²⁸², y (iii) porque vulneraba la libertad de elegir el sistema de salud.²⁸³

Según los profesores CONTRERAS, GARCÍA, JORDÁN y VILLANUEVA, “si el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la norma nos encontraremos ante un escenario nuevo, no necesariamente catastrófico como algunos han querido plantear. Lo primero es que se dejará sentado que la salud privada puede y debe funcionar con pleno respeto de los derechos fundamentales, y no que éstos sean los que se deben acomodar para que el mercado funcione.”²⁸⁴ Por otro lado, dado que la reforma legal que incorporó el 38 ter trajo acarreó la judicialización de la salud privada, la derogación de este artículo interrumpiría el atochamiento de las peticiones de

²⁸¹ El argumento al respecto es que la regulación infra-constitucional de los derechos fundamentales requiere de las más densas garantías para las personas, y por tanto deben desarrollarse por la norma de la más alta jerarquía (la ley), que además es producto del consenso mayoritario. Sin embargo, el artículo 38 ter no cumple el estándar constitucional exigido para el desarrollo legislativo, porque solo señala que podrá existir una tabla de factores por sexo y edad para grupos de beneficiarios, dejando la regulación completa a “instrucciones de general aplicación” de la Superintendencia de Salud. Esto además vulnera el artículo 19 N° 2 de la Constitución que establece que ni la ley ni la autoridad podrán establecer diferencias arbitrarias.

²⁸² Por otro lado, el artículo cuestionado conlleva una discriminación, porque agrupa a las personas según su sexo y edad, independiente de su riesgo, lo que implica que la incorporación a determinados grupos de personas por el sólo hecho de cumplir una edad y pertenecer a un sexo determinado obliga a éstas a soportar planes más caros independiente de su buen, regular o mal estado de salud.

²⁸³ La tercera inconstitucionalidad es la inversión de la libertad de elegir entre el sistema de salud público o privado, porque al establecerse planes que suben considerablemente los precios según su sexo y edad se altera esta libertad, ya que pasa a ser la Isapre, a través de la fijación de los costos de los planes, la que decide quienes ingresan y quienes se van del sistema. Véase al respecto CONTRERAS, Pablo, GARCÍA, Gonzalo, JORDÁN, Tomás y VILLANUEVA, Álvaro, “Inconstitucionalidad de la Tabla de Factores de Riesgo de las Isapre” [en línea], *Centro de Investigación e Información Peridística*, 28 de mayo de 2010 <<http://ciperchile.cl/2010/05/28/inconstitucionalidad-de-la-tabla-de-factores-de-riesgo-de-las-isapre/>> [consulta: 25 de julio de 2010].

²⁸⁴ La tercera inconstitucionalidad es la inversión de la libertad de elegir entre el sistema de salud público o privado, porque al establecerse planes que suben considerablemente los precios según su sexo y edad se altera esta libertad, ya que pasa a ser la Isapre, a través de la fijación de los costos de los planes, la que decide quienes ingresan y quienes se van del sistema. Véase al respecto CONTRERAS, Pablo, GARCÍA, Gonzalo, JORDÁN, Tomás y VILLANUEVA, Álvaro, “Inconstitucionalidad de la Tabla de Factores de Riesgo de las Isapre” [en línea], *Centro de Investigación e Información Peridística*, 28 de mayo de 2010 <<http://ciperchile.cl/2010/05/28/inconstitucionalidad-de-la-tabla-de-factores-de-riesgo-de-las-isapre/>> [consulta: 25 de julio de 2010].

enmienda de la arbitrariedad por los costos de los planes ante los tribunales superiores y el Tribunal Constitucional.

A este respecto cabe señalar que, finalmente con fecha 27 de julio de 2010, en el mencionado proceso de inconstitucionalidad iniciado de oficio rol N° 1710-10, el Tribunal Constitucional alcanzó el quórum constitucional y acordó la declaración de inconstitucionalidad de los numerales 1,2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley 18.933. Dicho acuerdo tuvo el voto en contra de los Ministros Marisol Peña y Enrique Navarro.

Cabe hacer presente que, pese a que todavía no se ha dictado sentencia –lo que ocurrirá en el plazo legal máximo de 30 días- ya se han generado una serie de opiniones e interpretaciones acerca de cuáles serán las consecuencias de la eliminación de nuestro ordenamiento jurídico de los mencionados numerales del artículo 38 ter.

La discusión al respecto no ha hecho más que empezar. Sin embargo, lo que la jurisprudencia expuesta ha dejado en evidencia, es que en Chile la interpretación de la Constitución suele ser más un problema político que técnico-jurídico, de modo que muchos conflictos de carácter político terminan siendo resueltos por el Tribunal Constitucional. Así las cosas, queda abierta la propuesta del profesor Atria de si no sería mejor que dicho tipo de conflictos fueran resueltos derechamente por un órgano mayoritario como es el Congreso Nacional.

CONCLUSIÓN

La realización del presente trabajo ha implicado una lectura atenta y detallada respecto a la formación y nacimiento del control judicial de constitucionalidad, tanto a nivel nacional como comparado. Después de todo lo expuesto hemos podido concluir, que la necesidad de la existencia de un órgano que resguarde la supremacía constitucional es contingente a las situaciones pertinentes de cada país y dicha decisión tiene un carácter eminentemente político.

En nuestro país, dadas las actuales facultades que el artículo 93 de la Constitución reconoce al Tribunal Constitucional luego de la reforma del año 2005, es posible concluir que en la práctica el órgano contralor de la Constitución se ha convertido en el cuarto poder del Estado. En efecto, además de todas las otras facultades que le otorga el constituyente, tiene competencia para prevenir la promulgación de leyes que estime constitucionales²⁸⁵ y, además, una vez promulgadas, puede expulsarlas para siempre del ordenamiento jurídico. En otras palabras, se ha convertido en el órgano que tiene la palabra definitiva respecto de qué es lo que la Constitución realmente establece.

Al respecto, sin perjuicio de que se ve un esfuerzo del Tribunal Constitucional chileno por transparentar los fundamentos de sus decisiones, es indispensable que las razones que esgrime se amparen en reglas y que éstas también sean explicitadas. Lo anterior permitirá otorgar legitimidad a sus decisiones –que suplan su déficit democrático- al referirse a parámetros objetivos bajo los cuales ser sometidas al escrutinio de cada uno de los ciudadanos. De esta manera se minimizará el riesgo de que las decisiones del Tribunal provengan de su propia voluntad en vez de limitarse a intelegir lo que la Constitución consagra.

Lo anterior es particularmente relevante dado que, por un lado, la actividad del Tribunal Constitucional está íntimamente ligada a los derechos fundamentales que se le reconocen a cada persona, y por tanto, a lo que es inherente a toda persona

²⁸⁵ Si consideramos que además existen ciertas leyes con quórum calificado, la restricción al sistema democrático se vuelve inaceptable.

humana, incluso antes del establecimiento mismo del derecho. Por otro lado, la decisión entre las distintas interpretaciones de cada uno de los derechos constitucionales tiene un carácter eminentemente político, como lo ha dejado en evidencia la jurisprudencia expuesta, particularmente la referida a la tabla de factores de la Ley de Isapres y a la gratuidad del turno.

Ahora bien. Como se ha demostrado, el que las decisiones del Tribunal Constitucional sean definitivas no significa en caso alguno de que ellas sean infalibles. Por tanto siempre existe el riesgo de que, en los hechos, se convierta en *otro* órgano legislador en caso de que sus facultades sean ejercidas de modo excesivo o “descontrolado”. Lo más grave de eso sería que, como se ha expuesto, se trata de un órgano que no ha sido elegido democráticamente lo que, en principio, implica que una minoría termina imponiendo su voluntad por sobre la de la mayoría, alterando así las bases de nuestro sistema jurídico.

Sin embargo, el presente trabajo ha dejado de manifiesto también que, tras la reforma constitucional del año 2005, el ordenamiento jurídico chileno ha buscado morigerar dicho riesgo. En primer lugar, porque ahora los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos de modo casi equivalente por los tres poderes del Estado, de modo de lograr un efectivo contrapeso entre ellos, sin que ninguno se imponga sobre los otros, que era lo que ocurría anteriormente con el Poder Judicial cuando la Corte Suprema era quien ejercía el control de constitucionalidad represivo. Asimismo, se han establecido incapacidades e inhabilidades para resguardar la imparcialidad de sus miembros.

En segundo lugar, la facultad más importante y drástica que tiene el Tribunal Constitucional que es la declaración de inconstitucional que implica la completa expulsión de una norma del ordenamiento jurídico, exige un *quórum* muy elevado y opera en situaciones altamente calificadas. Esto explica que, a la fecha, sólo hayan existido cuatro acuerdos en orden a declarar la inconstitucionalidad total o parcial de un precepto legal.

Por otro lado esta facultad de derogación sólo puede ejercerse en caso de evidente contravención a las normas constitucionales, esto es, cuando no haya interpretación alguna posible que haga congruente a una determinada disposición legal con la Constitución. Así por lo demás lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional chileno cuando reiteradamente ha establecido que “[s]ólo cuando el Congreso Nacional excede su ámbito de atribuciones, infringiendo los márgenes contemplados en el texto, principios o valores esenciales de la Carta Fundamental, o violenta el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste haya incurrido”.²⁸⁶ Para los otros casos, esto es, cuando una interpretación específica de un precepto legal es la que infringe un precepto constitucional, se consagra expresamente el recurso de inaplicabilidad, el que opera sólo en relación al conflicto concreto de que se trate.

De esta manera, será la propia conciencia del Tribunal Constitucional acerca del peligro que genera el otorgamiento de facultades tan exorbitantes que lo autorizan controlar los actos de los poderes del Estado, lo que permitirá que el sistema democrático no sea vulnerado. Afortunadamente ése parece ser el camino que se ha seguido en nuestro país, como lo ha dejado en evidencia el razonamiento de la jurisprudencia expuesta.

²⁸⁶ Sentencia rol 1254-08, de 29 de julio de 2009 que, como se expuso, declara la inconstitucionalidad de la expresión *gratuitamente* del inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales.

BIBLIOGRAFÍA

1. "Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República", Biblioteca del Congreso Nacional [en línea]. Tomo IX, sesión N°287 de 26 de abril de 1977, pp.162 a 182 <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IX_Comision_Ortuzar.pdf > [consulta: 9 de junio de 2010]
2. "Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República" Biblioteca del Congreso Nacional [en línea]. Tomo X, sesión N°319 de 4 de octubre de 1977, p.7 a 15; sesión N°358 de 25 de abril de 1978, pp.744 a 770; sesión N°359 de 26 de abril de 1978, pp. 771 a 798; y sesión N°365 de 3 de mayo de 1978, pp.899 a 917.<http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf>
3. AGUILÓ, Josep, Sobre la Derogación, ensayo de dinámica jurídica, Distribuciones Fontamara S.A., Primera Edición, 1995.
4. ALCHURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Buenos Aires. 2002.
5. ATRIA, Fernando, "Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha", Estudio Públicos, 79 (invierno 2000).
6. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. Sobre la distinción entre derogación expresa y derogación tácita". Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. 2000.
7. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, La aplicación del derecho en el sistema jurídico chileno. Apuntes de clases del Segundo Semestre del año 2005.
8. BULYGIN, Eugenio, Análisis lógico y Derecho, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1991.
9. CABALLERO BRUN, Felipe, "Derecho penal sustantivo y efectos en el tiempo de la sentencia del tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal", en Revista de Derecho, volumen XIX-N° 2. Diciembre 2006, p. 161-185

10. Cámara de Diputados. Boletín Cámara de Diputados. 13° Sesión Ordinaria. Lunes 19 de junio de 1933. pp.601 y 602.
11. Cámara de Diputados. Boletín Cámara de Diputados. 19° Sesión Ordinaria. Mares 27 de junio de 1933. pp. 941 y 942.
12. COLOMBO, Juan, "Inauguración Seminario". En SEMINARIO "El rol del Tribunal Constitucional": 8 de mayo de 2008. Santiago, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 15 p.
13. CONTRERAS, Pablo, GARCÍA, Gonzalo, JORDÁN, Tomás y VILLANUEVA, Álvaro, "Inconstitucionalidad de la Tabla de Factores de Riesgo de las Isapre" [en línea], Centro de Investigación e Información Peridística, 28 de mayo de 2010 <<http://ciperchile.cl/2010/05/28/inconstitucionalidad-de-la-tabla-de-factores-de-riesgo-de-las-isapre/>> [consulta: 25 de julio de 2010].
14. CUMPLIDO CERECEDA, Francisco y NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Teoría de la Constitución. 3ª ed. Santiago, Cuadernos Universitarios, Universidad Nacional Andrés Bello, (Series Manuales N° 2). enero de 1994.
15. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, "Sobre 'Inconstitucionalidad y derogación' " [en línea] <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02461632092135052754491/index.htm>>
16. FIGUEROA YÁVAR, Juan Agustín, La última reforma constitucional, Temas de Estudio N°2, Figueroa y Coddou Abogados, Santiago, abril 2006.
17. GARCÍA BARZELATTO, Ana María, "Influencia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como nueva atribución del Tribunal Constitucional", en Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, volumen 70, 2008, pp. 117 a 128.
18. GARCIA, José Francisco, "El control de constitucionalidad en El Federalista y los fundamentos de una sociedad libre", en Revista Chilena de Derecho, Vol.30, N°3, pp.491-514 (2003), Sección Estudios.
19. GARGARELLA, Roberto, "La dificultad de defender el control judicial de las leyes", [en línea] ISONOMÍA N.6, abril de 1997, p. 56, <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_03.pdf>

20. GARZÓN VALDES, Ernesto, "El consenso democrático: Fundamento y límites del papel de las minorías" [en línea], en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. núm. 0, <<http://www.uv.es/CEFD/0/Garzon.html>>
21. GUASTINI, Riccardo, "Cinco observaciones sobre validez y derogación", [en línea]
<<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02461632092135052754491/index.htm>>
22. KELSEN, Hans, La garantía jurisdiccional de la Constitución, (Traducción de Rolando Tomayo y Salmorán), Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Número 10, julio-diciembre de 2008
23. KELSEN, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado. México, Textos Universitarios, 1969
24. MARTÍN PEROT, Pablo, "Inconstitucionalidad, legalidad y orden jurídico" [en línea],
<<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02461632092135052754491/index.htm>>
25. MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, "El Sistema Europeo-Continental de Justicia Constitucional" Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, p. 158.
26. MARTÍNEZ R., Rusbel, "El puesto de la racionalidad en las ciencias sociales desde la perspectiva de Jon Elster", [en línea], A Parte Re. Revista de Filosofía [s.f], <<http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/elster31.pdf>>
27. NAVARRO BELTRÁN, Enrique, "El Tribunal Constitucional y las Reformas Constitucionales de 2005", en Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho de Universidad de Chile, volumen 70, año 2008, p.11 a 31.
28. NAVARRO, Enrique, "La justicia constitucional chilena después de la Reforma del 2005 (notas sobre la inaplicabilidad de las leyes y el recurso de protección" [en línea], Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p.327 a 349.
<<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2557/20.pdf>>[consulta: 23 de julio de 2010]

29. ORUNESU, Claudina; RODRIGUEZ, Jorge L.; y SUCAR, Germán, “Inconstitucionalidad y Derogación” [en línea] <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02461632092135052754491/index.htm>>
30. ORUNESU, Claudina; RODRIGUEZ, Jorge L.; y SUCAR, Germán, “Reflexiones ulteriores sobre inconstitucionalidad y derogación” [en línea]<<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02461632092135052754491/index.htm>>
31. PEÑA, Carlos, Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales. Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, (sin fecha); p.198.
32. PEÑA, Carlos, ponencia denominada “Ideas sobre la legitimidad de la existencia y el rol del TC en Chile”, Seminario “El rol del Tribunal Constitucional” realizado en la Universidad Diego Portales, con fecha 16 de mayo de 2008.
33. PFEFFER URQUIAGA, Emilio, Reformas Constitucionales 2005, Editorial Jurídica.
34. REINHARD, Günther, “El Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 12 – 1985.
35. RIBERA, Teodoro, “Función y Composición del Tribunal Constitucional de 1980”, En SEMINARIO “Función del Tribunal Constitucional de 1980”: 19 de noviembre de 1986, Centro de Estudios Públicos, pp. 77 a 112.
36. SAENGER GIANONI, Fernando y BRUNA CONTRERAS, Guillermo, Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
37. SAUCA, José María. Cuestiones lógicas en la derogación de las normas, Distribuciones Fontarama, Primera Edición.
38. SCHMILL O., Ulises, “Observaciones a ‘Inconstitucionalidad y derogación’ ” [en línea], <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02461632092135052754491/index.htm>>
39. Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de marzo de 2007, ROL 681-2006.
40. Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de junio de 2008, ROL 943-07.

41. Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de julio de 2009, ROL 1254-08.
42. Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de agosto de 2006, ROL 472-2006.
43. Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de mayo de 2006, ROL 497-06.
44. Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de abril de 2009, ROL 1185-08.
45. Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de mayo de 1999, ROL 287-1999,
46. Sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de junio de 2008, ROL 976-07
47. Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de diciembre de 2009, ROL 1444-09.
48. SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2° edición, 1997.
49. SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, tomo VII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
50. SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, y SILVA GALLINATO, María Pía, “Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional” [en línea]. En: XXXVI JORNADAS CHILENAS DE DERECHO PÚBLICO: Reformas Constitucionales 2005, Un año después: 30 de noviembre y 1° de diciembre de 2006. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 26 p. <http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/silva_bascunan.pdf>; [consulta: 15 de abril de 2010]
51. VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Derecho Constitucional, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición actualizada, Santiago, 1999.
52. ZAPATA LARRAÍN, Patricio, La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Parte General, Biblioteca Americana, Santiago, 2002.

